

Die Verwirkungsklausel

im Verhältnis zur Vertragstrafe nach deutschem Privatrecht.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von



SIGMUND HELD

gepr. Rechtspraktikant zu Nürnberg

approbiert am 22. November 1910.

Nürnberg 1911.

Druck von J. L. Stich.

Referent: Universitätsprofessor Dr. Paul Oertmann.

Meinen Eltern.

Literatur-Verzeichnis.

I. Aufsätze in Zeitschriften.

- Burckhard: Lex commissoria beim Kauf. Archiv für zivil. Praxis Bd. 51 Nr. 12.
Gierke: Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden. Leipziger Zeitschrift. 1909 S. 723 ff.
Koffka: Soll die Konventionalstrafe . . . Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages Bd. II. Berlin 1889.
Neukamp: Das Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Gewerbeordnung. Verwaltungsarchiv von Schultzenstein Bd. V S. 207.
Rogowsky: Schadenersatz aus Unterlassungsobligationen. Archiv für zivil. Praxis Bd. 104 S. 303.
Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. Iherings Jahrbücher Bd. 50 S. 67.
Sigel: Die Lohnverwirkung. Gewerbebericht VI Sp. 40.
Simon: Soll die Konventionalstrafe . . . Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages, Bd. II. Berlin 1889.
Sinzheimer: Die Lohnverwirkung. Gewerbebericht VI.
Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht. Archiv für zivil. Praxis Bd. 92 S. 43.
Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht. Monatsschrift des Verbandes deutscher Gewerbeberichte, herausgegeben von Jastrow & Flesch Bde. I—XIII.

II. Monographien.

- Blumenstein, Ernst: Verwirkung und Ablauf der Befristung als Endigungsgründe von Privatrechten nach modernen Gesetzen. Bern, Dissertation 1909.
Buchka, Gerhard: Die indirekte Verpflichtung zur Leistung. Leipzig 1904, Rostock, Dissertation.
Deus, Paul: Die Vertragsstrafe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Erlangen, Dissertation 1896.
Freytag, Artur: Der Unterschied des Reugeldes von der Vertragsstrafe. Rostock, Dissertation 1902.
Hasenkamp, A.: Lex commissoria und Abzahlungsgeschäfts-Gesetz. Erlangen, Dissertation 1896.
Heuser, Karl: Das ausbedungene Rücktrittsrecht beim Kaufvertrag (lex commissoria) im gemeinen Recht und Bürgerlichen Gesetzbuch. Erlangen, Dissertation 1896.
Koehne, Karl: Arbeitsordnungen. Berlin 1901.
Ledermann, Franz: Der Unterschied des Reugeldes und der Vertragsstrafe im gemeinen Recht und neuen Reichsrecht. Rostock, Dissertation 1904.
Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. 1906.
Lotmar, Philipp: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht im Deutschen Reich. 2 Bände. 1902/08.
Lübbe, Hans: Die Vertragsstrafe nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Greifswald, Dissertation 1900.

- Pergament, Michael: Konventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältnis zueinander. Berliner Preisschrift 1896.
- Schmidt, Albert: Verwirkungsklausel und Vertragstrafe beim Abzahlungsgeschäft. Rost, Dissertation 1902.
- Schöntag, Karl: Über die Vertragstrafe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Erlangen, Dissertation 1896.
- Siber, Heinrich: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.
- Sigel, Walter: Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Stuttgart 1903.
- Sinzheimer, Hugo: Lohn und Aufrechnung. Ein Beitrag zur Lehre vom gewerblichen Arbeitsvertrag auf reichsrechtlicher Grundlage. Berlin 1902.
- Sjögren, Wilhelm: Die römische Konventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden.
- Strauß, Adolf: Über die Konventionalstrafe nach der neuen Reichs-Gesetzgebung. Erlangen, Dissertation 1898.
- Thinius, Franz: Der Vorbehalt der Rechtsverwirkung (lex commissoria) nach römischem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Rost, Dissertation 1901.
- Treitel, Richard: Sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Unmöglichkeit der Leistung und Verzug anwendbar auf Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen? Rostock, Dissertation 1902.
- Weber, Karl Paul: Der Verkauf mit lex commissoria und das Reichsgesetz über die Abzahlungsgeschäfte. Erlangen, Dissertation 1898.
- Wendt, Kurt: Die selbständigen Strafversprechen des § 343 Abs. 2 B.G.B. Rostock, Dissertation 1903.

III. Lehrbücher, Kommentare.

- Crome: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II 1900.
- Dernburg: Das bürgerliche Recht. Bd. II 3. Aufl.
- Endemann: Bürgerliches Recht. Bd. I 9. Aufl.
- Enneccerus-Wolff: Bürgerliches Recht. Bd. I 1910.
- Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe 7. Aufl.
- Gerhard und andere: Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908. Kommentar. Berlin 1908.
- Joel, Max: Das Arbeiterschutzgesetz vom 1. Januar 1891 mit den Ausführungsvorschriften. Berlin 1893.
- Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II Schuldverhältnisse. 1910.
- Landmann: Kommentar zur Reichs-Gewerbeordnung. Bd. I und II 1908.
- Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. Berlin 1896.
- Oertmann: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches.
- Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II 3. Aufl.
- Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. II Schuldverhältnisse. 1904.
- Schneider: Kommentar zum Vertragsversicherungs-Gesetz. 1908.
- Staub: Kommentar zum Handels-Gesetzbuch. 8. Aufl.
- Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II a und b, 3./4. Aufl. 1907.

Inhalts-Übersicht.

	Seite
§ 1. Begriffsabgrenzung	1
§ 2. Zweck	5
§ 3. Rechtliche Gestaltung	16
§ 4. Fortsetzung: Die Lohnverwirkung im besonderen	28
§ 5. Akzessorische Natur	38
§ 6. Fortsetzung	43
§ 7. Gegenstand	49
§ 8. Form	54
§ 9. Materielle Voraussetzungen des Eintritts der Verwirkung	55
§ 10. Formelle Voraussetzungen des Eintritts der Verwirkung	59
§ 11. Äußerung der Verwirkung; Restitutionsmöglichkeit	63
§ 12. Fortsetzung: Verhältnis von Verwirkung und Schadenersatz	67
§ 13. Das Ermäßigungsrecht	71
§ 14. Beweislast	77



Digitized by the Internet Archive
in 2026

§ 1.

Begriffsabgrenzung.

Die Vergleichung der Verwirkungsklausel mit der Vertragsstrafe bildet den Gegenstand dieser Arbeit. Erfordert wird zunächst Klärung und Feststellung beider Begriffe, je für sich. Besonders angezeigt erscheint dies bei der Verwirkungsklausel, angesichts der Schwankungen in ihrer Terminologie¹⁾.

Während unter der Flagge „Verwirkungsklausel“ die mannigfaltigsten Rechtsgebilde mit heterogensten Funktionen und Wirkungen segeln — so finden sich auch die Bezeichnungen: Verfallklausel, *lex commissoria*, kassatorische Klausel, Fälligkeitsklausel, Vorbehalt der Rechtsverwirkung —, hat der Begriff „Vertragsstrafe“ nur zwei Inhalte, einen weiteren und einen engeren, die sich dank der gesetzlichen Festlegung und gründlichen Durchbildung leicht feststellen lassen. Wegen der Vieldeutigkeit ihres Begriffes bietet dagegen die Verwirkungsklausel größere Schwierigkeiten. Daher erklären sich auch die Streitfragen über die Zuteilung einzelner Rechtsgebilde zum einen oder anderen unserer beiden Abhandlungsgegenstände.

Allgemein betrachtet sind beide, Vertragsstrafe wie Verwirkungsklausel, Nebengeschäfte eines anderen Rechtsgeschäftes, *accidentalia negotii*; sie kommen nie selbständig vor, sondern nur um eines anderen Rechtsgebildes willen und an dieses sich eng anlehnend, sind also Gebilde sekundärer Natur und in diesem allgemeinen Sinn akzessorisch. Diese Eigenschaft der beiden werden wir unten noch näher kennen lernen.

Zunächst gilt es den Begriff der Verwirkungsklausel in seiner allgemeinen Bedeutung festzustellen. Der Stamm „Verwirken“ gibt uns ein Doppeltes, ein Negatives und ein Positives: Jemand hat etwas zu empfangen, zu erdulden, über sich ergehen zu lassen als Vergeltung für etwas Begangenes, und jemand hat etwas zur Strafe, zur Vergeltung für etwas einzubüßen, zu verlieren. In beiden Fällen erleidet der Betroffene einen Nachteil, der im ersteren Fall darin besteht, daß ihm etwas Unangenehmes widerfährt, z. B. eine Freiheitsstrafe über ihn verhängt wird, im zweiten einen materiellen oder ideellen Rechtsverlust. Nur in der letzteren Bedeutung kommt

das Wort „Verwirken“ hier in Betracht. Man bezeichnet damit insbesondere den Verlust eines Rechts als Folge der Mißbilligung eines bestimmten Verhaltens des Berechtigten. In einem Verlust, also etwas Negativem, besteht die Verwirkung; der Betroffene muß etwas entbehren, was ihm ohne die Verwirkung zugestanden hätte.

Der Ausdruck „Verwirken“ gibt uns aber nicht nur Aufschluß über das Was, sondern auch über das Wie des Verlustes. Dieser tritt unmittelbar infolge des betreffenden mißbilligten Verhaltens ein, ohne daß es der aktiven Mitwirkung einer Person bedarf (passiv ist der Verwirkende ja immer beteiligt). Spricht man dagegen von Verwirkung einer öffentlichen Strafe als Folge einer strafrechtswidrigen Handlung, so ist die Folge keine unmittelbare, sondern muß erst vom Richter erkannt werden²⁾. Dieses Prinzip der Unmittelbarkeit des Rechtsverlustes ist aber oft durchbrochen, indem die Verwirkung erst definitiv eintritt auf Grund einer Willenserklärung dessen, der aus der Verwirkung Vorteile hat. Bei der Verwirkung von Privatrechten, mit der wir uns allein befassen, haben wir dann an eine Kündigung oder Rücktrittserklärung zu denken. Die Verwirkung besteht nur in der der Wahl des Begünstigten überlassenen Möglichkeit des Verlustes; der Verlust ist mittelbar von dessen Erklärung abhängig. Die Verwirkung ist eine Rechtswirkung sekundärer Natur. Sie tritt ein, wenn und weil eine andere Rechtswirkung in Erscheinung getreten ist. Die Verwirkung ist also, allgemein gesprochen, kausal bedingt. Die Bedingungstatsache kann dreierlei Art sein: Entweder der Verwirkende selbst ist zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, hat etwas zu tun oder zu unterlassen, insbesondere eine Verbindlichkeit zu erfüllen, oder eine andere Person hat ein bestimmtes Verhalten zu prästieren, oder eine bestimmte objektive Tatsache tritt ein. Nur im letzteren Fall haben wir eine reine Bedingung. In allen drei Fällen aber ist die Tatsache, an welche der Eintritt der Verwirkung geknüpft ist, eine rechtlich mißbilligte, eine solche, die dem Interesse des durch die Verwirkung Begünstigten zuwiderläuft. Die Mißbilligung beruht entweder auf dem Gesetz³⁾ oder der Vereinbarung des Verwirkenden und des Begünstigten; die Verwirkungstatsache ist normwidrig auf Grund der Legaldisposition oder der Privatdisposition der Parteien. Man spricht dann von gesetzlicher oder vertragsmäßiger Verwirkung. Die Parteidisposition, welche die

letztere enthält, wird Verwirkungsklausel genannt. Die Verwirkungsklausel ist also die einem bestehenden Rechtsverhältnis beigefügte Vereinbarung von zwei Parteien, daß die eine unmittelbar oder mittelbar ein Recht verlieren soll, falls sie oder eine dritte Person ein bestimmtes Verhalten zeigt oder falls eine objektive Tatsache eintritt, welches oder welche einem Interesse des Begünstigten zuwiderläuft. Das ist der allgemeine, umfassendste Begriff.

Unter Verwirkungsklausel versteht man aber noch engere Rechtsgebilde, enger teils wegen der Voraussetzungen, teils wegen der Folgen. Einen Spezialfall regelt § 360 B.G.B. und an diesen denkt man in erster Linie bei jener Bezeichnung. Nach dem Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung ist es der einem Vertrag beigefügte Vorbehalt, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. Scheinbar entspricht dies den sämtlichen oben aufgestellten Merkmalen der Verwirkungsklausel. Allein der Nachsatz: „so ist der Gläubiger bei dem Eintritte dieses Falles zum Rücktritte von dem Vertrage berechtigt“ zeigt, daß von einer echten Verwirkung, einem unmittelbaren Rechtsverluste nichts übrig bleibt. Die Verwirkungsklausel des § 360 ist also nur eine sogenannte, in Wirklichkeit aber ein vertragsmäßiges, qualifiziertes Rücktrittsrecht; dieses wird auch meist unter der Bezeichnung *lex commissoria* verstanden. Über die rechtliche Konstruktion derselben wie insbesondere die legislative Bedeutung des Paragraphen ist später noch zu handeln.

Einen praktischen Anwendungsfall des § 360 enthält die Lehre vom Pfandrecht, indem in § 1238 B.G.B. der „Vorbehalt der Rechtsverwirkung“ als obligatorische Verkaufsbedingung bei der Pfandversteigerung vorgeschrieben ist. Bei dieser sogenannten Verwirkungsklausel fehlt es im Regelfalle an dem für die Verwirkung wesentlichen unmittelbaren und einseitigen Rechtsverluste. Der Gläubiger erhält das Recht des Rücktritts, durch dessen Geltendmachung nicht nur die Rechte des Schuldners, sondern auch die des Gläubigers verloren gehen, sodaß vollständige Vorteils- und Nachteilsausgleichung eintritt. Es fehlt aber auch das Merkmal der Unmittelbarkeit des Rechtsverlustes: Der Gläubiger hat es in der Hand, ihn eintreten zu lassen: die Verwirkung ist abhängig von Vorbereitungsmaßregeln des Gegners.

Die Verfallklausel oder kassatorische Klausel enthält von den gegebenen Verwirkungsmerkmalen nur die Voraussetzungen; sie ist Vertragsnebenbestimmung, sie knüpft gewisse Folgen an ein verpöntes Verhalten; diese Folgen aber bestehen nicht in einem Rechtsverlust, dem Bedrohten geht nicht ein künftiges Recht verloren, sondern in einer Modifikation eines Rechtsverhältnisses — eine geschuldete, aber gestundete Leistung wird z. B. wegen Säumnis sofort fällig, dann spricht man speziell von Fälligkeitsklausel —, oder ein bisher dem Verwirkungsbedrohten zustehendes Recht fällt an den Gegner zurück. Im ersteren Fall entsteht kein materieller Verlust, die Leistung wurde ja ohnedies geschuldet, sie „verfällt“ nur vorzeitig. Im zweiten geht ein innegehabtes Recht verloren, während bei der echten Verwirkung Anwartschaften auf künftige Rechte, noch nicht erworbene das Objekt bilden.

Der Begriff der Vertragstrafe ist einfacher festzustellen. Ihr Hauptbegriff ist im Gesetze selbst enthalten, im vierten Titel des zweiten Abschnittes der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches, in den §§ 339 ff.

Diese unterscheiden einen technischen Begriff und einen allgemeinen⁴⁾; nur der erstere ist gründlich geregelt, der letztere ist nur einmal in § 343 Absatz 2 erwähnt.

Die technische Vertragstrafe ist die Vereinbarung einer Strafe zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner für den Fall, daß letzterer seine Verbindlichkeiten nicht oder nicht gehörig erfüllt. Der allgemeinere Fall ist der, daß jemand, ohne daß ihn eine erzwingbare Pflicht bindet, eine Strafe verspricht, falls er ein bestimmtes Verhalten, eine Handlung oder Unterlassung vornimmt: der Fall des sogenannten selbständigen⁵⁾ Strafversprechens.

Der Unterschied zwischen beiden Fällen besteht darin, daß die vorzunehmende Handlung oder Unterlassung in letzterem Falle nicht direkt erzwingbar ist, sondern nur auf Grund des Strafversprechens eine indirekte Verpflichtung hiezu besteht.

Beide Arten weisen Merkmale auf, die wir schon oben bei der Verwirkungsklausel kennen lernten: ein verbindliches oder nur unverbindlich indirekt geschuldetes Verhalten soll prästiert werden; die Nichteinhaltung läßt eine Strafe, also einen Nachteil verwirken. Die Voraussetzungen des Verfalls dieses Nachteils sind wieder dreierlei Art: Nichterfüllung einer Verpflichtung oder ein anderes

mißbilligtes Verhalten oder eine sonstige mißbilligte objektive Tatsache; im letzten Falle haben wir wieder ein rein bedingtes Leistungsversprechen. Aber das wesentlich Unterscheidende zwischen Verwirkung und Vertragstrafe liegt in dem Nachteil, welchen der eine Teil erleidet: Ohne uns hier auf Einzelheiten einzulassen, ist dort Verlust eines Rechtes, hier Entstehen eines neuen Rechtes, des Anspruchs auf die Strafe, festzustellen. Der Schuldner wird hier mit einer neuen Verpflichtung belastet, dort wird der Gläubiger von einer Schuld entlastet⁶⁾. Die Vertragstrafe geht stets auf eine Leistung, welche der Schuldner oder der unverbindlich Versprechende neben einer früheren Verpflichtung oder einem bestimmten Verhalten eventuell übernimmt, also eine besondere Leistung, um welche die Seite des Gläubigers vermehrt wird.

Bei der Verwirkungsklausel dagegen sehen wir eine Verminderung auf seite des Schuldners und ein entsprechendes Freiwerden des Gläubigers. Von einer Leistung ist nichts zu bemerken. Es erscheint also bei äußerlicher Betrachtung keine Kommensurabilität zwischen beiden zu geben. Allein bei näherem Zusehen ergibt sich: die besondere Leistung bildet die Verbindung, mit welcher der Übergang hergestellt werden kann. Um bei der Verwirkungsklausel eine besondere Leistung zu erkennen, bedarf es einer Erforschung ihrer rechtlichen Gestaltung an Hand der einzelnen im Rechtsleben vorkommenden Fälle. Wo sich bei diesen eine besondere Leistung infolge der Verwirkung ergibt, da können wir die Regeln über die Vertragstrafe anwenden. Doch wird dies stets die Ausnahme sein. Die Regel ist, daß Vertragstrafe und Verwirkungsklausel nicht identifiziert werden können. Die Erkenntnis der Rechtsnatur der möglichen Verwirkungsklauseln wird erleichtert durch Betrachtung ihrer Zwecke und Funktionen und Vergleichung mit denen der Vertragstrafe, die zunächst folgen soll.

§ 2.

Zweck.

Dreierlei Zwecke verfolgt die Vertragstrafe. Diese ergeben sich aus dem gesetzlichen Begriff, wie ihn das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 339—343 aufstellt. Danach ist sie eine besondere Leistung, vertragsmäßig versprochen für den Fall eines bestimmten,

den Absichten des Versprechensempfängers entgegengesetzten Verhaltens, gewöhnlich für den Fall der Nichterfüllung oder nicht rechtzeitigen Erfüllung einer Verbindlichkeit. Der erste Zweck ist: Die Vertragsstrafe soll die Erfüllung einer Verbindlichkeit sichern, diese Verbindlichkeit verstärken. Da das Ausbleiben der geschuldeten Leistung zur Entrichtung der Strafe verpflichtet, soll der Schuldner durch die drohenden Vermögensnachteile zur richtigen Erfüllung angehalten werden. Die Strafe ist also Sicherungsmittel für Verbindlichkeiten der verschiedensten Art. Ihre Daseinsberechtigung schöpft die Vertragsstrafe aus der Sicherungsbedürftigkeit vieler Rechtsverhältnisse. Ihre Anwendung ist möglich und notwendig infolge der Schwäche der Legaldisposition, welche dem als Fundament der Vertragsstrafe dienenden Rechtsgeschäft nicht völlig sichere Rechtswirkungen verliehen hat. Der Mangel der Legaldisposition wird durch die Parteidisposition abgeschwächt bzw. behoben⁷⁾. Neben diesem Verstärkungszweck verfolgt die Vertragsstrafe nach ausdrücklicher Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches den Zweck, dem Gläubiger als Schadenersatz zu dienen. Die versprochene Strafe kann teils neben der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, teils an Stelle derselben gefordert werden. In letzterem Falle hat sie die Funktion eines materiellen Schadenersatzes; sie ist Surrogat der Erfüllung. Wird sie neben der Erfüllung geleistet, so wird sie vorwiegend als Ersatz des ideellen Interesses dienen, als Genugtuung für die Verletzung des Rechtsgefühls des Gläubigers, welche diesem durch die nicht gehörige Erfüllung zugefügt wurde. Diesen Satisfaktionszweck wird man auch dort nachweisen können, wo die Vertragsstrafe an Stelle der Erfüllung tritt. Die Vertragsstrafe zeigt also Merkmale der öffentlichen Strafe und ist mit Recht eine Variante derselben, eine abgeschwächte Art genannt worden; das Strafversprechen schafft eine private Norm, die nur zwischen dem Kontrahenten gültig ist. Die Strafe verfällt zugunsten einer Privatperson, nicht zugunsten der Allgemeinheit. Die Ähnlichkeit zwischen beiden zeigt sich im Präventiv- bzw. Abschreckungszweck, ferner in der Genugtuungs-Sühnefunktion. Soweit das Maß der Vertragsstrafe den Betrag des materiellen Erfüllungs-Interesses des Gläubigers übersteigt, zeigt sie reinen Pönalcharakter. Wegen der ihr eigentümlichen Schadenersatzfunktion bietet die Vertragsstrafe die sonst durch § 253 B.G.B.

ausgeschlossene Möglichkeit, auch abgesehen von den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen, z. B. § 1300, 847 B.G.B., als Ersatz eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, zu dienen. Daß die Vertragstrafe nicht nur Sicherungsmittel ist, nicht nur Pönalcharakter besitzt, sondern auch die Funktion des Schadenersatzes ausübt, zeigt das im § 343 bestimmte richterliche Ermäßigungsrecht. Dieses ist nur denkbar und anwendbar auf Ersatzmittel. „Die Herabsetzung beruht auf der Funktion der Strafleistung als Interesseleistung; nur als solche, nicht auch als Zwangsmittel, gestattet sie eine Abschätzung im Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung“).

Die dritte Funktion der Vertragstrafe, welche sich mittelbar aus der eben genannten ergibt, besteht darin, daß sie dem Gläubiger den Nachweis der Existenz und Höhe des Schadens, der ihm infolge Nichterfüllung des Vertrages entstanden ist, erspart. Diese Funktion ergibt sich aus der Bestimmung des § 340, II B.G.B., wonach der Gläubiger die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen und daneben noch weiteren, darüber hinausgehenden Schaden geltend machen kann. Besteht die Strafleistung nicht in Geld, so ist, sofern nicht die Parteien anders vereinbaren, weiterer Schadenersatz ausgeschlossen (§ 342).

Auf diese drei Funktionen ist jetzt die Verwirkungsklausel zu untersuchen. Dabei sind die verschiedenartigen Gebilde, welche unter diesem Namen vorkommen, anzusehen.

Die Verwirkungsklausel des § 360 B.G.B. ist, wie schon kurz erwähnt, vom Gesetz als qualifiziertes Rücktrittsrecht konstruiert. Nach dem Wortlaut des Vorbehaltes: „daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt“, sollte man meinen, wird beim Eintritt dieser Bedingung der Vertrag derartig hinfällig, daß der Vertragsbrecher seine Vertragsrechte verliert, während seine Pflichten bestehen bleiben, und ebenso auch das Korrelat zu diesen: die Rechte des Gegners. Die historische Entwicklung hat aber ein anderes Ergebnis gezeitigt. Es treten nicht diese doch eigentlich konsequenten Wirkungen der Verwirkungsklausel ein⁹⁾, sondern werden zum Rücktritt abgeschwächt mit der Folge gänzlicher Vertragsauflösung nach rückwärts.

Die Nichterfüllung des Vertrages hat diese Wirkung. Auf die Nichterfüllung ist Verlust der Vertragsrechte angedroht — aber

auch Vernichtung der Vertragspflichten. Würde diese Folge ipso jure mit der Nichterfüllung eintreten, dann wäre es geradezu eine Prämie auf den Vertragsbruch. Der Ungetreue riskierte nichts, der Vertrag wäre unwirksam, wenn er nicht erfüllte. Damit nicht der vertragstreue Teil der Willkür des untreuen auf Gnade und Ungnade ausgeliefert ist, war es nötig, die Verwirkungsklausel als Rücktritt zu konstruieren. Der vertragstreue Teil hat es nun in der Hand, ob er wegen der Nichterfüllung des anderen von Erfüllung des Vertrages absehen will oder nicht. Macht er von diesem Wahlrechte Gebrauch, indem er den Rücktritt erklärt, dann werden die Vertragswirkungen ex tunc aufgehoben. Etwa geleistete Erfüllungshandlungen müssen beiderseits zurückgewährt werden. Vorteile und Nachteile werden ausgeglichen. Der vertragsbrüchige Teil wird also nicht schlechter gestellt als wenn der Vertrag überhaupt nicht geschlossen wäre. Einen besonderen Nachteil erleidet er in der Regel nicht. Er wird daher durch die Verwirkungsklausel des § 360 B.G.B. in der Regel nicht vom Vertragsbruch abgeschreckt werden. Da diese beiderseitigen Rechtsverlust hervorbringt, kann man sie nicht als Verstärkungsmittel bezeichnen. Mit Recht erklärt deshalb Blumenstein¹⁰⁾ die Behauptung, daß durch die so geartete Verwirkungsbestimmung der Vertrag selbst gesichert werden soll, vom Standpunkt der Logik aus als anfechtbar. Trotzdem kann man aber wohl sagen, daß diese Verwirkungsklausel den Schuldner zur pünktlichen Erfüllung des Vertrages anzuhalten bezweckt. (Diesen Zweck darf man eben nicht mit dem Zweck der Verstärkung des Vertrages schlechthin identifizieren.) In der Regel wird der Schuldner, auch der unpünktliche, ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages haben und daher alles vermeiden, was die Verwirkung herbeiführen kann. Das Interesse des durch die Verwirkung Begünstigten soll also durch die Verwirkungsklausel geschützt werden, selbst auf die Gefahr der Auflösung des Vertrages hin; darin ist Blumenstein beizustimmen,

Somit ist dargetan, daß die Verwirkungsklausel des § 360 die erste oben dargestellte Funktion der Vertragsstrafe teilt. Nicht so die zweite, die des Schadenersatzes. Eine Vorausfixierung desselben, wie durch die Vertragsstrafe, ist hier ausgeschlossen, da ja der verwirkende Kontrahent keine positive Leistung macht. Beide Teile erhalten, was sie etwa geleistet haben, wieder zurück. Vorteile und

Nachteile werden gegenseitig ausgeglichen, bis auf den einen, daß der Gläubiger den Vertrag nicht erfüllt erhielt. Dies beruht aber, indem er den Rücktritt erklärt und so die Aufhebung des Vertrages bewirkt, letzten Endes auf seinem eigenen, freien Willen. Er könnte ja auch die Erfüllung wählen. Ist der Rücktritt geschehen, so sind die Wirkungen des Vertrages ex tunc aufgehoben; also hat der Gläubiger auch kein Erfüllungsinteresse mehr. Damit ist die Geltendmachung eines Schadenersatzes wegen Nichterfüllung ausgeschlossen, denn der Gläubiger hat nur zwischen Schadenersatz und Rücktritt die Wahl (325 gilt hier analog), es sei denn, daß der Schadenersatzanspruch auf eine unerlaubte Handlung des Schuldners gegründet werden kann. Das, was der Gläubiger infolge der Vertragsaufhebung allenfalls zurückempfängt, sind seine vorigen Leistungen, deren Verbleib beim Schuldner diesen bereichern würde. Als vorausfixiertes Schadensäquivalent, wie die Vertragstrafe, könnte nur eine Sonderleistung des Schuldners dienen; diese fehlt aber in der Regel bei der Verwirkungsklausel des § 360.

Es ist daher unverständlich, wie behauptet werden kann¹¹⁾, in der Geltendmachung des Rücktrittsrechtes aus der *lex commissoria* liege eine Schadenersatzforderung. Indem der Gläubiger jenes geltend macht, verzichtet er ja auf Schadenersatz.

Im Verkehr gibt es nun Verwirkungsabreden des Inhalts, daß der Gläubiger etwaige Teilleistungen des Schuldners behalten darf, auch wenn der Vertrag aufgelöst wird.

Ob diese Abweichung von der Regel des § 360 zulässig ist, bildete im römischen Recht¹²⁾ den Gegenstand einer Streitfrage, die von der herrschenden Meinung bejaht wird¹³⁾.

Während bei der Verwirkungsklausel des § 360 im Falle des Eintritts der Verwirkung auf seite des Verwirkenden Vorteil und Nachteil sich ausgleichen, erleidet er hier im Verwirkungsfall einen besonderen Nachteil. Teilleistungen, die er etwa bereits entrichtet hat, erhält er nicht zurück, wenn der Gegner von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht. Hier ist also vorausgesetzt, daß der Schuldner vorleistungspflichtig und mit späteren Teilleistungen unpünktlich ist. Der drohende Verlust der geleisteten Teilerfüllung soll ihn zur pünktlichen, gänzlichen Erfüllung veranlassen. Tritt der Verwirkungsfall und damit der Verlust jener ein, so ist es für den Verwirkenden genau so, als ob er eine besondere Strafe für

die Nichterfüllung an den Gläubiger entrichtet hätte. Mit Recht nennt Oertmann¹⁴⁾ die gemachten Teilleistungen nach ihrem Verlust eine antezipierte Strafleistung. Dieser einseitige Rechtsverlust wird für den Schuldner ein besonders starkes Kompelle sein, stärker als der Rücktritt des Gläubigers allein. Denn erhält im ersten Falle der Gläubiger die Teilleistungen des Schuldners nicht sozusagen geschenkt, so wird er für den durch Auflösung des Vertrages ihm erwachsenden Schaden oder entgangenen Gewinn meist, außer bei besonderem Verschulden des Schuldners, keinen Ersatz erhalten. Er wird also von dem Rücktrittsrecht aus praktischen Gründen keinen Gebrauch machen, was für den Schuldner wieder geradezu als Anreiz zur Nichteinhaltung des Vertrages wirkt. Das Rücktrittsrecht ohne Verlust der bisherigen Teilleistungen ist also oft für den Gläubiger ein „Lichtenbergisches Messer ohne Heft, dessen Klinge zerbrochen ist“.

Ganz anders, wenn der Schuldner damit rechnen muß, daß er eine Unpünktlichkeit in Erfüllung seiner Verbindlichkeiten mit einem materiellen Verlust büßen muß. Da wirkt der Rücktritt des Gläubigers als Abschreckungsmittel; denn dessen Folge ist, daß der Schuldner seine Leistungen hingegeben hat, ohne die Gegenleistungen des Gläubigers zu erhalten. Die dem Gläubiger verbleibenden Teilleistungen dienen diesem dann als Ersatz seines etwaigen Schadens, dessen Höhe er nicht nachzuweisen braucht. Diese Art der Verwirkung kommt also mit Rücksicht auf ihre Zwecke der Vertragstrafe ziemlich nahe.

Die Mehrzahl der Verwirkungsklauseln, welche uns im Rechtsleben begegnen, weicht von den skizzierten Typen ganz entschieden ab: insbesondere die markantesten und häufigsten Fälle, die sogenannte Lohnverwirkung im Arbeitsvertragsrecht und die meisten Verwirkungsklauseln des modernen Versicherungsrechtes. Im letzteren Rechtsgebiete wird das vertragsmäßige Rücktrittsrecht ausdrücklich von der Verwirkung unterschieden.

Bei den Verwirkungen suchen wir vergeblich nach einem Rücktrittsrecht, nach einem Anklang an den § 360 B.G.B. Vielmehr ist das Charakteristische dieser Typen der Verwirkung die Dinglichkeit¹⁵⁾ und Unmittelbarkeit. Es entsteht nicht nur ein Rücktrittsrecht für den Gläubiger des säumigen Schuldners, durch dessen Ausübung jener von seiner Verpflichtung frei wird, während

er die Leistungen des Schuldners behalten darf; sondern mit dem Augenblick, in dem der Schuldner in der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten unpünktlich ist, ist der Rechtsverlust bereits eingetreten, hat er verwirkt. Der Rechtsverlust bedarf keiner Vorbereitungsmaßnahme von seite des Begünstigten. Der Nachteil folgt der Pflichtverletzung auf dem Fuße. Das Bewußtsein dieses Damoklesschwertes ist zweifellos ein kräftiger Anreiz für den Schuldner, seine Pflicht zu tun. Wie aber steht es mit der Ersatzfunktion? Die Entscheidung dieser Frage ist eigentlich erst möglich nach Erkennung der Rechtsnatur des Verwirkungsgebildes. Worin besteht hier die Verwirkung? Der Schuldner allein erleidet Nachteile, nur er verliert Rechte. Das Vertragsverhältnis an sich wird in seinem Bestand nicht berührt. Der Schuldner bleibt weiterhin verpflichtet, daher kann der Gläubiger alle ihm auf Grund des Vertrages zustehenden Rechte geltend machen, also auch etwaige Schadenersatzforderungen.

Betrachten wir die typischen Verwirkungsfälle dieser Art im einzelnen:

Die Lohnverwirkung, der verbreitetste Fall, ist, wie schon der Name sagt, Verlust des Arbeitslohnes eines gewerblichen Arbeiters. Sie hat für den besonderen Fall, daß der Arbeiter rechtswidrig den Vertrag auflöst, ihre teilweise gesetzliche Regelung — Fall des Vertragsbruches, in § 134 Absatz 1 (früher Absatz 2) Gew.O. — gefunden. Diese Einschränkung des Maßes der Verwirkung auf den Betrag eines durchschnittlichen Wochenlohnes gilt nur für Arbeiter in Betrieben mit mindestens 20 Arbeitern und nur für den Fall rechtswidriger Vertragsauflösung. Sonst ist die Lohnverwirkungsabrede sachlich, persönlich und dem Grade nach unbeschränkt, abgesehen von etwaigen Schranken aus der allgemeinen Rechtslehre, wie § 138 B.G.B. Diese Lohnverwirkung enthält nun sämtliche von uns oben erkannte Funktionen der Vertragstrafe. Sie wirkt insofern als Vertragssicherungsmittel, als der Arbeiter sich durch den drohenden Verlust eines einwöchigen Lohnbetrages zu strenger Vertragserfüllung veranlaßt sehen wird. Denn bricht er den Vertrag, so hat er seine bisherige Arbeit umsonst geleistet: der verdiente Lohn ist ihm verloren. Stillschweigende Voraussetzung ist also auch hier, daß der Arbeiter vorleistungspflichtig ist und bereits Dienste geleistet und Lohnansprüche erworben hat,

bevor die Lohnverwirkung vertragsbestärkend wirken kann. Solange kein verdienter oder durch Einbehaltung rückständiger Lohn vorhanden ist, ist die Lohnverwirkung gegenstandslos. Als Surrogat des rückständigen Lohnes dient in solchen Fällen auch, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber eine Kautio n stellt, die zugunsten des Arbeitgebers verfällt. Das ist aber dann mit dem Verfall eine echte Vertragstrafe, deren Leistung im voraus durch einstweilige Hinterlegung beim Gläubiger sichergestellt ist.

Die Lohnverwirkung hat aber auch die Funktion des Schadenersatzes. Der verwirkte Lohnbetrag ist, wenn er nicht auf Grund der Arbeitsordnung gemäß § 134 b Nr. 5 R.Gew.O. zugunsten eines Dritten, z. B. einer Wohlfahrtseinrichtung des betreffenden Betriebes verfällt, für den Arbeitgeber Deckungsmittel für den durch den Kontraktbruch erlittenen Schaden. Begnügt sich dieser mit dem verwirkten Lohn, dann ist er des Nachweises seines Schadens überhoben. Der verwirkte Lohnbetrag stellt das Schadenersatzminimum dar. Etwas ähnliches findet sich in § 124 b R.Gew.O., wo bestimmt ist, daß der Arbeitgeber im Falle des rechtswidrigen Vertragsbruches des gewerblichen Arbeiters als Maximum des präsumierten Schadenersatzes den einwöchigen Durchschnittslohn verlangen darf, ohne seinen Schaden nachweisen zu müssen. Nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift enthält die Geltendmachung dieses limitierten Präsumptivschadens einen Verzicht auf Vertragserfüllung und Ersatz des wirklichen Schadens. Letzteres ist auf unseren Fall der Lohnverwirkung nicht anwendbar. Der Vertragsbrecher bleibt trotz Eintritt des Verwirkungsfalles weiterhin vertragsmäßig verpflichtet, eventuell zu weiteren Schadenersatz. Es ist also möglich, daß mehrere der im voraus bestimmten Verwirkungsgründe sich kumulieren und, wenn der Arbeitgeber Erfüllung verlangt, die Lohnverwirkung simultan oder sukzessiv sich wiederholt: vorausgesetzt ist dabei, daß rückständiger Lohn vorhanden ist.

Die echte Verwirkungsklausel, deren Wesen wir in der Unmittelbarkeit und Einseitigkeit des Rechtsverlustes erkannten, wird in ausgiebiger Weise im modernen Versicherungsvertrag verwendet. Die Verwirkungsbestimmungen werden hier ausschließlich zugunsten des Versicherers aufgestellt. Soll derselbe nämlich bei dem Geschäfte nicht ernstliche Verluste oder wenigstens den Entgang eines legalen Gewinnes riskieren, so muß sein Gegenkontrahent,

der Versicherungsnehmer, den Vertragspflichten und vor allem auch den diesbezüglichen Formvorschriften auf das pünktlichste nachkommen. Denn da der rationelle Großbetrieb des Versicherungsgeschäftes auf rein technischen Grundlagen beruht, so muß das Material, auf welches sich jene technischen Berechnungen und Feststellungen gründen, ein möglichst zuverlässiges sein. In der Lieferung dieses Materials aber bestehen, abgesehen von der materiellen Gegenleistung, die hauptsächlichsten Verpflichtungen des Versicherungsnehmers. Erfüllt er sie nicht oder nicht pünktlich, so kann dem Versicherer nicht zugemutet werden, den Vertrag weiterhin zu halten. Die Voraussetzungen dafür sind durch die Schuld seines Gegenkontrahenten hinweggefallen. Auf diesem Rechtsboden stehend, läßt die Versicherungspraxis und im Anschluß an sie die Gesetzgebung in solchen Fällen den Versicherungsnehmer meist sein Recht, den Versicherungsanspruch, verwirken. Die Verwirkung ist also auch hier Sicherungsmittel gegen die Vertragsuntreue; sie hat Vertragsverstärkungszweck. Diese Verwirkungen sind mehr oder weniger weitgehende, je nach der Größe und der Natur des Interesses, welches durch sie geschützt werden soll.

Diese vertraglichen Verwirkungsfälle, welche in den Policen der Versicherungsgesellschaften in mannigfachen Variationen vorkommen, sind jetzt gesetzlich eingeschränkt durch das Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908, das seit 1. Januar 1910 in Kraft ist. Es gebraucht da, wo eine echte Verwirkung statuiert werden soll, den Ausdruck: „Freisein von der Leistung“, so gleich in der generellen Regel des § 6 Absatz 1, und unterscheidet diese scharf vom vertragsmäßigen Rücktrittsrecht. Jene Verwirkung ist im Gesetz teils selbst statuiert, indem die Voraussetzungen kasuistisch bestimmt sind, von denen die Parteien Gebrauch machen können, teils läßt das Gesetz den Parteien die Möglichkeit, unter von ihnen festzusetzenden Voraussetzungen Verwirkungsklauseln in den Vertrag einzusetzen, und beschränkt diese Vertragsfreiheit dann zugunsten des Versicherungsnehmers derart, daß nur schuldhaftes Setzen der Verwirkungsbedingungen die Folge der Verwirkung nach sich ziehen soll. Es gibt zugunsten des Versicherungsnehmers eine weitgehende Exkulpationsmöglichkeit. Als Obliegenheiten, welche der Versicherungsnehmer zu erfüllen hat, sind im Gesetz folgende genannt:

Nach dem Abschluß des Vertrages darf der Versicherungsnehmer nicht ohne Einwilligung des Versicherers eine Erhöhung der Gefahr vornehmen oder deren Vornahme durch einen Dritten gestatten (§ 23). Erhöht sich die Gefahr ohne Zutun des Versicherungsnehmers, so hat er dies unverzüglich anzuzeigen (§ 28). Eine gleiche „Anzeigepflicht“ hat er, wenn der Versicherungsfall eingetreten ist (§ 33). In diesem Fall muß er dem Versicherer Auskunft erteilen (§ 34). Unterlassung dieser für die Versicherungstechnik so wichtigen Angaben hat die Verwirkung des Anspruchs auf die Versicherungssumme zur Folge (§§ 25¹, 28, 33, 34). Außerdem obliegen dem Versicherungsnehmer materielle Verpflichtungen, insbesondere die Pflicht zur Zahlung der Prämien. Zahlt er die erste Prämie nicht rechtzeitig vor oder bei Beginn der Versicherung und tritt dann vor der Zahlung der Versicherungsfall ein, dann ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei (§ 38). Die Prämie wird aber trotzdem weiter geschuldet. Das gleiche gilt, im Falle eine spätere Prämie nicht bezahlt wird, nachdem der Versicherer eine Zahlungsfrist gesetzt hat und der Versicherungsnehmer nach Fristablauf in Verzug ist. Die Verwirkung ist auch angedroht auf schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalles (§ 61), so auch bei der Lebensversicherung und Unfallversicherung (§§ 169, 170, 181), oder auf Unterlassung der Rettungspflicht oder Schadenminderungspflicht (§ 62). Endlich ist noch mit Verwirkung bedroht die Unterlassung der Anzeige von der Veräußerung des versicherten Gegenstandes (§§ 71, 114).

Als gemeinsame Merkmale alle dieser Fälle treffen wir wieder die Einseitigkeit und Unmittelbarkeit des Rechtsverlustes, die wir als Kennzeichen der echten Verwirkung oben feststellten. Die gewöhnliche Folge der Verwirkungsklausel ist, daß der Versicherungsvertrag für den Gegner des Verwirkenden einseitig unverbindlich wird, während der Versicherungsnehmer dem Versicherer weiterhin die vertragliche Leistung, meist also die Prämie, schuldet. Der Versicherungsnehmer, der den Eintritt der Verwirkung veranlaßte, hat dann dem Versicherer seine bisherigen Prämien sozusagen geschenkt, wenn man auch die Prämienzahlungen als Entgelt für die bisherige Haftungsübernahme durch den Versicherer betrachtet, denn die materielle Gegenleistung, die Versicherungssumme, fällt ja jetzt aus. Dieser drohende Nachteil übt einen Druck auf den

Versicherungsnehmer aus, daß er die in der Police übernommenen Verbindlichkeiten streng erfüllt. Die Verwirkungsklausel hat also auch hier die Funktion eines Vertragssicherungsmittels. Ist sie aber auch Deckungsmittel für den etwaigen Schaden des Versicherers? Dieser hat, da nach unserer Darstellung die Verwirkung nur Rechte des Versicherungsnehmers ergreift, das Versicherungsverhältnis aber an sich nicht berührt, die Möglichkeit, Schadenersatzansprüche aus dem Vertrag zu erheben. Diese müßte er nachweisen. An Stelle dessen kann er sich mit den ihm in der Regel verbleibenden Prämienleistungen des Versicherungsnehmers zufrieden geben. In diesem Falle ist er von der Notwendigkeit des Nachweises seines Schadens enthoben. Möglicherweise hat er überhaupt keinen materiellen Schaden erlitten. Dann dient die Verwirkung dem Versicherer als Genugtuung für Verletzung seiner ideellen Interessen an der Einhaltung der Versicherungsbedingungen; sie ist reine Strafe, welche ihren Grund in der Privatdisposition der Parteien hat. Diese hat eine der gesetzlichen zur Seite tretende Norm geschaffen. Im Hinblick auf ihren Zweck ist diese Strafe Zwangsstrafe, da sie ein bestimmtes Verhalten des Bedrohten herbeiführen oder unterdrücken soll.

Die Schadenersatzfunktion vermissen wir auch in dem oben erörterten Fall der Lohnverwirkung, wenn auf Grund der Arbeitsordnung bestimmt ist, daß der verwirkte Lohnbetrag einem Dritten, z. B. der Fabrikkrankenkasse, zufließen soll. Der Arbeitgeber erhält dann keinen Ersatz für den durch Kontraktbruch erwachsenen Schaden. Diese Funktion fehlt stets den sog. Fabrikordnungsstrafen, die obligatorisch zum Besten der Arbeiter des Betriebes zu verwenden sind (§ 134b Absatz 2 Satz 3 Gew.O.)¹⁶⁾.

Die Erörterung der Zwecke der Verwirkung hat praktische Bedeutung inbezug auf die Anwendung der für die Vertragstrafe geltenden Gesetzbestimmungen, insbesondere des richterlichen Ermäßigungsrechtes nach § 343 B.G.B. Denn diese beruht, wie bemerkt, gerade auf der Funktion der Strafe als Deckungsmittel als Genugtuung für den Verletzten und ist, wie der Wortlaut des § 343 zeigt, hierauf zugeschnitten: Die verletzten Interessen sollen mit der verwirkten Strafe gemessen und gegeneinander abgewogen werden¹⁶⁾.

§ 3.

Rechtliche Konstruktion.

Die Frage nach der Anwendbarkeit der im Bürgerlichen Gesetzbuche für die Vertragstrafe geltenden Bestimmungen auf die Verwirkungsklausel läßt sich nicht auf Grund der Darstellung der Funktionen allein beantworten; dazu bedarf es einer Erörterung der rechtlichen Konstruktion der Verwirkungsklausel unter dem Gesichtspunkt der Vertragstrafe.

Wir erkannten die Vertragstrafe als Versprechen einer besonderen Leistung für den Fall der Nichterfüllung oder mangelhaften Erfüllung einer Verbindlichkeit. Eine besondere Leistung ist das wesentlichste Merkmal der Vertragstrafe: nur diejenige Verwirkungsklausel kann also wie eine Vertragstrafe behandelt werden, welche dieses aufweist. Eine Vertragstrafe liegt dann nicht vor, wenn infolge der Verwirkung der Hauptanspruch nur eine Modifikation erleidet, etwa der Zeitpunkt der Leistung verschoben wird, die Fälligkeit früher eintritt wie die sogenannte Verfallklausel bei Ratendarlehen. Ebensowenig, wenn die Verwirkungsklausel den Verlust von Vertragsrechten zum Inhalt hat. Hierbei ist aber eine Einschränkung geboten. Oft stellt sich, was äußerlich betrachtet, nur Verlust von Vertragsrechten ist, im Hinblick auf das ökonomische Endergebnis oder unter rein juristischem Gesichtswinkel als besondere Leistung dar. Der Begriff der Leistung ist ja nicht nur auf Hingabe eines materiellen Vorteils beschränkt, sondern umfassender¹⁷⁾. Als Strafleistung kann nicht nur eine Naturalleistung, eine positive Tätigkeit, z. B. Strafdienst, vereinbart werden, sondern auch eine Unterlassung, ein negatives Verhalten. Denn Leistung bedeutet ganz allgemein das Verhalten, das der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses zu fordern berechtigt ist, oder objektiv: das Verhalten, welches das Recht vom Schuldner beobachtet wissen will¹⁸⁾. Die Leistung kann auch in der Herbeiführung eines juristischen Vorganges bestehen, z. B. Begründung oder Erlaß eines Schuldverhältnisses. Gerade diese Herbeiführung eines juristischen Vorganges ist bei der Verwirkung materiell oft nichts anderes als ein Verlust von Vertragsrechten. Im Hinblick auf die juristische Konstruktion ist dann eine als Vertragstrafe zu qualifizierende Leistung anzunehmen. Wir werden dies in den

folgenden im einzelnen dargestellten Typen von Verwirkungsklauseln näher kennen lernen.

1. Das Prototyp der Verwirkungsklausel, die *lex commissoria* des § 360 B.G.B., weicht ganz offensichtlich von der erwähnten Gestaltung der Vertragstrafe ab. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist der Gläubiger, sobald der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten. Der Schuldner ist damit in die Hand des Gläubigers gegeben, von dessen Belieben von nun an abhängt, ob der Vertrag erfüllt oder aufgelöst werden soll. Der Schuldner hat also wegen seiner Nichterfüllung den Anspruch auf Erfüllung von seite des Gläubigers verwirkt. Diesem ist ein Rücktrittsrecht erwachsen. Macht dieser von seinem Recht Gebrauch, so wird der Vertrag nach rückwärts aufgehoben. Die Verwirkung besteht hier nur in einer Umgestaltung des Vertragsverhältnisses. Von einer besonderen Leistung, welche als Vertragstrafe gelten könnte, kann keine Rede sein. Denn wenn die Vertragserfüllung in mehreren Teilleistungen zu geschehen hat, und der Schuldner hat bereits solche Teilleistungen gemacht, ist aber dann mit einer im Rückstand geblieben, so ist im Verwirkungsfalle der Gläubiger, der von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht, zur Rückgewährung der empfangenen Teilleistungen verpflichtet. Dies ist die Konsequenz der Konstruktion der *lex commissoria* als Rücktrittsvorbehalt. Damit ist eine im gemeinen Recht herrschende Streitfrage, ob die Verwirkung zur Restitution geleisteter Teileerfüllung verpflichte, im Sinne der bejahenden Meinung entschieden worden. Der Wortlaut des § 360 B.G.B. hat aber jetzt zu einer anderen Frage Veranlassung gegeben:

„Ist ein Vertrag mit dem Vorbehalt geschlossen, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Gläubiger beim Eintritte dieses Falles zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt.“

Diese Bestimmung enthält offenbar einen Widerspruch in sich selbst. Der Vorbehalt lautet wörtlich: Der Schuldner soll seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein. Über die Rechte des Gläubigers in diesem Falle besagt der Vorbehalt nichts: also sollte man meinen, bleiben diese unberührt!

Nach der zweiten Hälfte der Bestimmung ist der scheinbar unmittelbare Rechtsverlust in ein bloßes Rücktrittsrecht des Gläubigers abgeschwächt. Denn der Rücktritt ergreift auch die Rechte des Gläubigers und damit deren Korrelat, die Pflichten des Schuldners. Die Parteien, welche nur den gesetzlichen Wortlaut vereinbaren, wollen doch anscheinend die unmittelbare Wirkung. Ihr Wille wird vom Gesetze, welches statt einer Verwirkung nur obligatorische Ansprüche entstehen läßt, beinahe ins Gegenteil verkehrt. Da drängt sich die Frage auf, ob nicht die Parteien durch Wahl anderer, deutlicherer Worte die eigentlichen konsequenten Wirkungen der Verwirkungsklausel herbeiführen können, oder mit anderen Worten:

Ist die Bestimmung des § 360 B.G.B. eine Dispositivvorschrift oder zwingend?

§ 360 hat ein genaues Ebenbild in § 1 des Gesetzes über die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894. Diese Bestimmung wird aus den Motiven heraus, welche zu ihrer Einführung Veranlassung gaben, als zwingend erklärt. Das Gesetz über die Abzahlungsgeschäfte hat sozialpolitische Bedeutung; es soll die Schäden der Abzahlungsgeschäfte einigermaßen mildern, indem es verhütet, daß der Käufer im Falle des Rückstandes mit einer Kaufpreisrate, nachdem er oft schon den größten Teil des Kaufpreises getilgt hat, die Kaufsache zurückgeben muß und dabei seine bisherigen Anzahlungen verliert. Aus diesem Zweck des Gesetzes, die Ausbeutung der schwächeren Position des Schuldners zu verhüten, schließt man, daß der Vorbehalt, der Käufer solle im Falle der Nichterfüllung des Vertrages seiner Rechte verlustig gehen, stets nur ein Rücktrittsrecht des Verkäufers begründe, nicht aber dinglichen Verlust der Ansprüche und Teilleistungen des Käufers herbeiführe. Aus dem Wortlaut des Gesetzes läßt sich dies nicht folgern. Jener Zweck ist aber ausgeschlossen bei der nicht nur für den Kauf, sondern für alle möglichen Verträge geltenden Verwirkungsklausel des § 360 B.G.B. Selbst beim Abzahlungsgeschäft wird er oft dadurch vereitelt, daß die Parteien neben der Verwirkungsklausel noch die Abrede treffen, daß im Verwirkungsfalle gewisse Prozente des Kaufpreises als Entschädigung für Abnützung und Wertminderung der Kaufsache dem Käufer berechnet werden, die natürlich der Einfachheit halber von den geleisteten Teilzahlungen abgezogen werden. So kann es kommen, daß die Vorschrift, wonach die Teil-

zahlungen auf Grund des Rücktritts zurückgegeben werden sollen, illusorisch gemacht ist.

Was für die Verwirkungsklausel beim Abzahlungsgeschäft vielleicht noch gelten mag, kann keinesfalls für § 360 B.G.B. gelten. Weder Zweck noch Fassung dieser Bestimmung lassen den Schluß zu, daß sie eine zwingende Vorschrift sei. Zur Unterstützung der gegenteiligen Meinung wird von manchen auch auf die Motive¹⁹⁾ verwiesen²⁰⁾. Die Heranziehung der Motive zur Begründung des zwingenden Charakters des § 360 erscheint mir unfablich; denn die zitierte Stelle könnte gerade so gut für das Gegenteil angeführt werden. Die Stelle enthält nämlich zunächst eine Erläuterung, daß der „Vorbehalt der Rechtsverwirkung vom Gesetze nicht im Sinne einer dem Vertrage beigefügten Resolutivbedingung mit deren Konsequenzen (ipso jure Rückfall dingliche Wirkung) geregelt sei, sondern als Rücktrittsbefugnis des Gläubigers“. Dann folgt wörtlich: „Diese Behandlung der Verwirkungsklausel entspricht, wofern nicht aus dem Vertrag eine andere Absicht der Parteien erhellt, deren Intention und Interessen.“ Damit kann nach vernünftiger Auslegung doch nichts anderes gesagt sein, als daß die Parteien eine abweichende Regelung treffen können. Die Stelle der Motive in ihrem ganzen Zusammenhang besagt also, daß im Zweifel die Verwirkungsklausel als Rücktrittsrecht zu behandeln ist. § 360 B.G.B. ist somit eine verkappte Auslegungsregel, welche die im gemeinen Recht herrschenden Zweifelsfragen beseitigen wollte.

Die Annahme des dispositiven Charakters von § 360 B.G.B. fordert auch die Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtslebens.

Wo bliebe die Verwendungsmöglichkeit der Verwirkungsklausel im Versicherungsrecht, im modernen Arbeitsvertragsrecht — um nur zwei Spezialfälle zu nennen? Wäre § 360 zwingend, so käme dies einem Verbot der dinglichen Verwirkungsklausel für diese Fälle gleich, denen mit einem Rücktrittsrecht nicht gedient ist. Gerade Verbindlichkeiten, welche auf Leistungen gehen, die nicht direkt in Geld abschätzbar sind oder mit der menschlichen Person untrennbar verknüpft sind, sodaß sie im Rücktrittsfalle nicht in integrum restituiert werden können, wie alle Dienstleistungen und Arbeitsvertragserfüllungen, erheischen eine Verwirkungsklausel, welche entweder dingliche Rechtsverluste erzeugt oder, wenn auch als Rücktrittsvorbehalt gedacht, von dem des § 360 abweichend die

geleisteten Erfüllungshandlungen verfallen läßt. Nur dann erfüllt sie den Sicherungszweck, welchem auch unbestreitbar die Verwirkungsklausel ihre Daseinsberechtigung verdankt. Besteht die Verwirkung nur im Rücktritt des Gläubigers, so hat dieser alle vom Schuldner empfangenen Leistungen zurückzugewähren, für geleistete Dienste deren Wert zu vergüten (§ 346 B.G.B.). Der vertragsbrüchige Lohnarbeiter oder sonstige Dienstverpflichtete würde für seine bisherigen Dienste volle Vergütung erhalten und infolge des Rücktritts des Gegners von der Leistung für die Zukunft befreit sein; das wäre also geradezu eine Prämie auf den Vertragsbruch. Die Verwirkungsklausel in dieser Gestalt würde jeder Sicherungsfunktion entbehren. Nur wenn der Arbeiter seine bisherigen Leistungen nicht gelohnt erhält, den bisher verdienten Lohn verliert, ist er angespornt, die Erfüllung des Vertrages zu vollenden. Dann wirkt der Rücktritt als Mißbilligung des Kontraktbruches, als Zwangsstrafe.

Die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs fordern also, daß § 360 B.G.B. durch Parteiabrede abgeändert werden kann. Das ist jetzt herrschende Meinung ²¹⁾).

Die Parteien können also Abweichendes vereinbaren und zwar in doppelter Richtung:

a) Die Verwirkungsklausel im Sinne des § 360, also als Rücktrittsvorbehalt, aber unter Ausschluß der Rückgewährung empfangener Leistungen. Eine derartige Vereinbarung entspricht auch dem im Bürgerlichen Gesetzbuche geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit, sowie der Anschauung der Reichstagskommission ²²⁾).

Damit ist aber dem erwähnten § 1 des Gesetzes über die Abzahlungsgeschäfte erst recht sein singulärer Charakter gewahrt ^{23) 24)}. Der vertragsmäßige Ausschluß der Rückgewährung der gemachten Teilleistungen erfüllt aber nicht nur sachlich die oben genannten Zwecke der Vertragsstrafe, sondern ist auch juristisch als solche anzusehen. Denn es findet nicht nur eine Modifikation des Vertragsverhältnisses, die Verwandlung in ein Rücktrittsverhältnis statt, sondern es wird eine besondere Leistung versprochen.

Der Verwirkende verliert hier nicht Vertragsrechte, keinen Anspruch; denn hätte er seine Vertragspflichten erfüllt, so hätte er auf Rückgabe seiner Leistungen kein Recht gehabt. Da er aber nicht erfüllte, so ist das Rücktrittsrecht des Gläubigers entstanden.

Dessen Ausübung hätte, ohne die Abrede des Verfalls der Teilleistungen, den Anspruch auf Rückgabe entstehen lassen; der Anspruch auf Rückgewährung ist also potestativ bedingt durch eine Handlung des Gläubigers; mithin handelt es sich hier nicht um einen Anspruch des Schuldners, der durch Nichterfüllung entstanden ist, sondern nur um eine Anwartschaft. Selbst wenn man aber einen bedingten Anspruch als gegeben erachten wollte, so liegt doch kein Verlust eines Vertragsrechtes vor. Denn der infolge des Rücktritts entstehende Rückgewährungsanspruch fließt nicht aus dem Vertrage, sondern aus dem durch die Rücktrittserklärung geschaffenen Rücktrittsverhältnisse, das ja nach Zweck und Ziel das gerade Gegenteil des Vertrages bildet. Somit ist der Ausschluß der Rückgewährung der Teilleistungen echte Vertragstrafe; denn auch das oben für den Begriff der Vertragstrafe aufgestellte Merkmal „Versprechen einer Leistung“ finden wir hier. Die Teilleistungen haben doppelten Charakter: „sie sind zunächst Erfüllungsleistungen, dann und eventuell falls der Verwirkungsfall eintritt, Leistungen zur Erfüllung der Vertragstrafe. Soweit der Vertrag in Kraft bleibt, leistet sie der Schuldner als Erfüllungsschuldner, als Strafschuldner aber, soweit der Vertrag infolge der Verwirkungsklausel hinfällig wird. Das Versprechen der Leistung liegt hier antezipiert in den für den Verwirkungsfall als Strafleistung anzusehenden Teilleistungen ²⁵⁾“.

b) Diese Form der Verwirkungsklausel ist aber unanwendbar in den Fällen, in welchen die Parteien nur Verlust der künftigen Rechte des Schuldners bezwecken unter Fortbestand des Vertrages. Die Parteien können eine zweite Abweichung von der Regel des § 360 vereinbaren, nämlich in Übereinstimmung mit den Worten jenes Paragraphen, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, also dingliche Verwirkung zu ungunsten des Schuldners. Da hier kein Rücktritt gegeben, so ist die oben wiedergegebene, geistreiche und elegante Konstruktion der Verwirkungsklausel als Vertragstrafe, wie sie Oertmann für den Rücktrittsfall angegeben hat, unangebracht. Dieser dingliche Verlust erstreckt sich aber nur auf die Vertragsrechte des Schuldners, des Gläubigers Rechte bleiben unberührt. Die dingliche Verwirkung hat nicht wie der Rücktritt Auflösung des ganzen Vertragsverhältnisses zur Folge; der Schuldner bleibt also in der Regel weiterhin verpflichtet. Wäre es anders, so wäre der Gläubiger in die Hand

eines untreuen Gegenkontrahenten gegeben; dieser könnte durch Nichtleistung mit dinglichem Vertragsuntergang jederzeit seiner Verpflichtungen sich entledigen, ohne daß dem Gläubiger mehr als etwaiger Schadenersatz aus unerlaubter Handlung bliebe.

Da der Vertrag fortbesteht, behalten etwaige Erfüllungsleistungen des Schuldners ihren rechtlichen Charakter, obwohl sie, wie im ersterörterten Falle, dem Gläubiger ohne Gegenleistung verbleiben. Hier sind nicht diese Teilleistungen Objekt der Verwirkung, sondern die Vertragsrechte auf Erfüllung von seiten des Gläubigers. Solange Schuldner im ersten Falle nicht geleistet hat, ist die Verwirkungsklausel eines geeigneten Objektes bar. Unterlassung der Schuldnerleistung von Anfang an kann die Ausübung des Rücktrittsrechtes veranlassen und damit Vertragsauflösung, wobei auf beiden Seiten Verpflichtungen gegeneinander aufgehoben werden. Hat also Schuldner noch nicht geleistet, so kann er nichts verwirken. Anders hier, wo die Verwirkung darin besteht, daß der Schuldner künftige Vertragsrechte verliert. Anscheinend kann diese Verwirkung nicht als Vertragsstrafe angesehen werden, weil keine besondere Leistung gegeben ist.

Nur scheinbar. Die Vertragstrafe kann ja nicht nur im Versprechen einer materiellen, vermögenswerten Leistung bestehen, sondern auch in der Herstellung eines rechtlichen Erfolges, eines rein juristischen Tatbestandes, wie die Fassung des § 342 ersehen läßt, welche die „andere Leistung“ in Gegensatz stellt „zur Zahlung einer Geldsumme“.

Betrachtet man diese Art der Verwirkungsklausel unter dem Gesichtspunkt der besonderen Leistung, so ist die Abrede: der Schuldner solle seiner Rechte verlustig sein, wenn er seine Verpflichtungen nicht erfüllt, gleich einem vertragsmäßigen Verzicht auf des Gläubigers Gegenleistungen, auf Vertragsansprüche. Der Schuldner verspricht von vornherein, daß er im Nichterfüllungsfalle die Leistung des Gläubigers einbüßen wolle. Es ist dabei nicht, wie Sinzheimer²⁶⁾ meint, an einem formellen Erlaßvertrag (§ 397) zu denken; denn dieser hat abstrakte Natur, losgelöst von etwaigen Zwecken, welche die Parteien mit dem Schuldnerlaß verbinden, während in unserem Fall der Schuldnerlaß den Zweck eines Sicherungsmittels erfüllen soll. Außerdem hat der Erlaßvertrag

dinglichen Untergang der erlassenen Forderung zur Folge, während in manchen Verwirkungsfällen keineswegs der Anspruch auf die Gläubigerleistung untergeht, sondern nur den Inhaber, den Berechtigten wechselt, so z. B. wenn — wie dies § 134 b Nr. 5 R.Gew.O. zu veranlassen sucht — die Verwirkung des Arbeitslohnes zugunsten eines Dritten, etwa einer Fabrikwohlfahrtseinrichtung, bedungen ist. Hier geht der Lohnanspruch nicht unter, er wird dem Arbeitgeber nicht erlassen, sondern er geht dem verwirkenden Arbeiter zugunsten des dritten Destinatars verloren²⁷⁾. Der Verwirkende verzichtet auf Geltendmachung der Lohnforderung zu seinen eigenen Gunsten. Dem Gläubiger erwächst hieraus eine *exceptio pacti de non petendo*. Endlich ist Erlaß auch deshalb abzulehnen, weil dieser ein gegenwärtiges Schuldverhältnis als Objekt voraussetzt, während Objekt des Verwirkungsversprechens hier künftige Ansprüche bilden. Es bleibt nur ein vertragsmäßiger Verzicht auf Geltendmachung der Ansprüche aus dem Vertrage. Der Schuldner verspricht, daß er die Nichtleistung des Gläubigers dulden wolle, also eine negative Leistung, ein Unterlassen, dessen Objekt ebenfalls ein Unterlassen ist²⁸⁾. Nicht erforderlich ist, daß die versprochene Leistung des Schuldners als Vertragsstrafe bezeichnet wird²⁹⁾. Es genügt, daß sie objektiv den Charakter der Vertragsstrafe hat, also einen vertragsmäßigen, besonderen Nachteil wegen Pflichtverletzung zufügt³⁰⁾. Von unserem ersten Fall unterscheidet sich diese Art der Verwirkung dadurch, daß dort eine positive Leistung, wenn auch nur infolge der durch die Verwirkung hervorgerufenen Änderung des Rechtscharakters der Leistung, hier eine negative Leistung als Vertragsstrafe gegeben ist.

Auch hier erfordert das Wesen der Verwirkung die Vorleistungspflicht und tatsächliche Vorleistung des Verwirkenden. Erst wenn der Schuldner den Vertrag teilweise erfüllt hat, hat er Anspruch auf die Gegenleistungen des Gläubigers erworben und kann durch eine jetzt erfolgende Nichterfüllung jene Ansprüche wieder gefährden. Vom ersten Fall unterscheidet sich dieser dadurch, daß nach der aus dem Wortlaut der Privatdisposition zu schließenden Absicht der Vertragsparteien dort die Anwartschaft auf die wegen des Rücktritts zurückzugewährenden eigenen Teilleistungen, hier der Anspruch auf die Gegenleistung verwirkt wird. Im Hinblick auf den juristischen Erfolg aber sind die beiden typischen Fälle einander

ähnlich: Auch beim Rücktritt unter Verlust von Vorleistungen erhält der Schuldner nicht die seinen Vorleistungen entsprechenden Gegenleistungen. Beim vertragsmäßigen bedingten Verzicht auf die Gegenleistungen büßt der Schuldner seine Vorleistungen ein. Der juristische Unterschied in diesen Fällen besteht nur in der völligen Beendigung des zugrundeliegenden Vertragsverhältnisses auf der einen, der Fortdauer auf der andern Seite, welche Verschiedenheit allein und letzten Endes in der Privatdisposition der Parteien ihren Grund hat; denn diese können Rücktrittswirkung oder Vertragsfortdauer vereinbaren.

Mit der zweiten Art der Verwirkungsklausel ist diejenige identisch, welche Schneider³¹⁾ definiert, als „Vertragsbestimmung, wonach das Recht des einen Teils bei Eintritt gewisser Tatumstände ohne gleichzeitiges Aufhören der gegnerischen Ansprüche aus demselben Rechtsverhältnis verloren gehen soll“. Das ist aber, wie wir sehen, nur die eine Art der vertragstrafähnlichen Verwirkungsklausel.

2. Die einzelnen, häufiger im Verkehr vorkommenden Verwirkungsfälle, an Hand der beiden aufgestellten Typen betrachtet, ergeben folgendes:

Reine Verwirkungsklausel im Sinne des unmittelbaren Rechtsverlustes liegt in den Fällen vor, wo der Verfall entlehnten Kapitals oder einer gestundeten Forderung von unpünktlicher Zins- oder Ratenzahlung abhängig gemacht ist, wie insbesondere beim Ratenvergleich. In diesen Fällen kann von einer besonderen Leistung neben der Hauptverbindlichkeit keine Rede sein. Der Rechtsverlust besteht hier nur in einer Modifikation des Schuldverhältnisses, einer Veränderung einer Modalität der — ja an sich schon bestehenden — Schuld, in Verschiebung des Fälligkeitszeitpunktes. Man spricht deshalb in solchen Fällen wohl besser von Verfallklausel, wie auch die in § 1229 B.G.B. verbotene ähnliche Bestimmung „Verfallvertrag“ genannt wird³²⁾.

Ebenfalls keine Vertragstrafe ist der „Vorbehalt der Rechtsverwirkung“ des § 1238, welcher sich als Spezialfall zu § 360 darstellt. Es ist der einzige Fall, daß eine Verwirkungsklausel als notwendige Vertragsnebenbestimmung zwingend vorgeschrieben ist und ihre Anwendung nicht dem Belieben der Parteien überlassen

ist. Auch hier fehlt die „besondere Leistung“. Findet der Pfandverkauf, wie vorgeschrieben, mit dem Vorbehalt statt, daß der Käufer seiner Rechte verlustig sein soll, falls er den Kaufpreis nicht sofort bar entrichtet, so hat der Versteigerer in diesem Falle das Recht, zurückzutreten mit der Folge, daß der Pfandverkauf nach rückwärts aufgelöst wird. § 1238 ist also ein besonderer Fall des qualifizierten Rücktrittsrechtes. Der Versteigerer hat also ein Wahlrecht zwischen Rücktritt und Verlangen der Bezahlung. Erst durch dessen Geltendmachung wird die Rechtswirkung des Zuschlages aufgehoben. Thinius³³⁾ hätte mit der gegenteiligen Meinung nur Recht, wenn der Vorbehalt dinglich wirkte, sodaß die Nichtbarzahlung (als negative Bedingung) den (sonst durch den Zuschlag § 156 B.G.B.) eintretenden Eigentumserwerb aufschiebend bedingte. Im Zweifel ist aber der im § 1238 vorgeschriebene Vorbehalt nach § 360 B.G.B. zu konstruieren³⁴⁾. Thinius stützt seine Ansicht (irrigerweise) auf die alte Entscheidung des Reichsgerichts (Band 13 Seite 275). Diese aber handelt von dem Fall des § 817 Z.P.O., wo die Barzahlung als reine Bedingung der Wirksamkeit des Zuschlages konstruiert ist, mit deren Nichterfüllung der Verkauf ohne weiteres hinfällig wird³⁵⁾.

Aus dem Gebiete des Pfandrechtes ist noch die Bestimmung des § 1229 B.G.B. und die gleiche in § 1249 B.G.B. anzuführen, welche die sogenannte *lex commissoria* verbietet. Diese ist gedacht als Abrede zwischen Pfandschuldner und Gläubiger, wonach das Eigentum an der Pfandsache dem Gläubiger zufallen oder übertragen werden soll, falls Schuldner nicht rechtzeitig erfüllt. Sie kann gültig nur nach Eintritt der Fälligkeit der zu sichernden Forderung vereinbart werden, entbehrt daher jeder praktischen Bedeutung, weil in dieser Zeit der Gläubiger das Recht zum Pfandverkauf hat. Zu diesem Zeitpunkt ist tatsächlich bereits die Bedingung, daß Schuldner erfüllt oder nicht erfüllt hat, eingetreten. Entweder ist erfüllt oder die Erfüllung ist unmöglich geworden, denn verspätete Leistung ist keine Erfüllung. Was jetzt noch wirksam vereinbart werden kann, ist nicht mehr ein zur Sicherung der Hauptverbindlichkeit dienender Nebenvertrag, sondern ein Erfüllungssurrogat, eine Leistung an Erfüllung Statt. Sachlich ist die Abrede ein Verzicht auf das Eigentum der Pfandsache. Vor Fälligkeit bedungen, enthielte die Abrede entweder, falls dinglicher Anfall der

Pfandsache gewollt ist, eine echte, vertragstrafähnliche Verwirkungsklausel oder, falls das Eigentum übertragen werden soll, eine reine Vertragsstrafe, soweit der Wert der Pfandsache den Betrag der zu sichernden Forderung übersteigt. In ersterem Falle wäre Verzicht auf Eigentum, im letzteren eine positive Leistung gegeben, beides neben der zu sichernden Hauptschuld. Die Abreden, welche das Verbot nach Eintritt der Fälligkeit zuläßt, sind aber weder Verwirkungsklauseln noch Vertragsstrafen (denn es fehlt die zu verstärkende Hauptverpflichtung, wie die notwendig zu fordernde Verfallzeit), sondern obligatorische Hauptverträge, welche in der Regel dahin gehen, daß der Pfandgläubiger an Stelle der ausgebliebenen Schuldnerfüllung die Pfandsache behalten darf, oder daß dem Schuldner noch eine Nachfrist für die Leistungen an Erfüllungs Statt gewährt wird, nach deren Ablauf dies geschehen soll.

Auch das Gesetz über die Abzahlungsgeschäfte hat die Anwendbarkeit der Verwirkungs- und Verfall-(Fälligkeits-)Klausel eingeschränkt.

Die Fälligkeitsklausel ist hier die Abrede, daß die Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen, etwa Ausbleiben von Teilzahlungen, die Fälligkeit der Restschuld nach sich ziehen solle. Sie kann jetzt nur rechtswirksam bedungen werden, wenn der Käufer mit zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen im Verzug ist und der Rückstand mindestens ein Zehntel des Gesamtpreises beträgt (§ 4, II). Auch hier wird nur die Leistungszeit verschoben; daher fehlt es an einer besonderen Leistung.

Unter Verfallklausel versteht man beim Abzahlungsgeschäft die Abrede, daß geleistete Anzahlungen dem Verkäufer verbleiben sollen; diese ist hier zwingend verboten, während sie sonst (als Teil der Verwirkungsklausel) nach § 360 B.G.B. zulässig ist.

Die kassatorischen Klauseln bei Pacht- und Mietverträgen können ebensowenig als Vertragsstrafen betrachtet werden. Die Verwirkung tritt dort, meist wegen vertragswidriger Behandlung der Mietsache oder unpünktlicher Zinszahlung, ein und besteht in vorzeitiger Auflösung des Vertragsverhältnisses. Der Gläubiger erlangt das Recht, ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen. Die Ausübung dieses Rechtes bewirkt Wegfall der beiderseitigen Rechte und Pflichten für die Zukunft. Die bisherigen Zinszahlungen ver-

bleiben dem Gläubiger als Äquivalent für den Gebrauch des Miet-(Pacht-)gegenstandes. Somit fehlt jede besondere Leistung.

Im Versicherungsrecht kommen beide Typen von Verwirkung vor. Die allgemeine Bestimmung des § 6 V.V.G. spricht einmal vom Rücktrittsrecht, dann vom „Freisein des Versicherers von der Leistung“.

Das erstere würde also der sogenannten *lex commissoria* des § 360 B.G.B. entsprechen. Die Wirkung dieser Abrede ist auch hier, Rücktrittserklärung nach § 130 B.G.B. vorausgesetzt, Aufhebung des ganzen Versicherungsverhältnisses nach rückwärts (§ 346 B.G.B.). Von der Totalrestitution werden aber die gezahlten Prämien auszunehmen sein, da diese als Gegenleistung für die vom Versicherer geleistete (§ 346 Satz 2 B.G.B.) Gefahrübernahme erscheinen³⁶⁾.

Der andere Verwirkungsfall, „das Freiwerden von der Leistung“, unterscheidet sich vom ersten dadurch, daß er ohne Zutun des Versicherers nur auf Grund des Verhaltens des Versicherungsnehmers, wegen Verletzung von „Obliegenheiten“ oder Verbindlichkeiten unmittelbar eintritt. Das Versicherungsverhältnis besteht in der Regel noch fort und damit auch die Prämienzahlungspflicht des Versicherungsnehmers, z. B. § 38 V.V.G.; allein das Recht auf die Versicherungssumme entfällt. Man könnte auch hier davon sprechen, daß der Anspruch auf diese auflösend bedingt sei.

Die Verwirkung der zweiten Art befreit den Versicherer nicht immer gänzlich von seiner Leistung. In einzelnen Fällen verliert zwar der Versicherungsnehmer seinen Anspruch, der Versicherer erhält aber einen anderen Gläubiger, so bei der Feuerversicherung (§ 101 V.V.G.), wo die Leistungsverpflichtung zugunsten der Realgläubiger bestehen bleibt, oder er hat mindestens eine Ersatzleistung zu bieten, so bei der unbedingten Kapitalversicherung (§§ 176 bis 178 V.V.G.).

Verschieden von diesen Verwirkungen ist der Fall, daß der Versicherer nur ein Kündigungsrecht erlangt, falls der Versicherungsnehmer seine Obliegenheiten nicht erfüllt, so z. B. (§ 39) Unterlassung der Prämienzahlung wohl der häufigste Fall. Der Versicherer kann kündigen unter gewissen Voraussetzungen und sich so für die Zukunft befreien, mit Wirkung *ex nunc*, während im Rücktrittsfalle Wirkung *ex tunc* eintritt. Ereignet sich der Versicherungsfall nach Eintritt der Kündigungsvoraussetzungen aber vor der Kündigung, so muß der Versicherer leisten³⁷⁾.

§ 4 (Fortsetzung).

3. Die Lohnverwirkung im besonderen.

Unter den vertragstrafähnlichen Verwirkungsklauseln ist besonders wichtig die als Lohnverwirkung bekannte des gewerblichen Arbeitsvertrages, welche wir bereits beispielsweise zur Erklärung des einen der beiden von uns aufgestellten Verwirkungstypen verwendeten.

Der rechtliche Charakter dieser Verwirkung, wie insbesondere ihre Zulässigkeit waren und sind bestritten. Wir haben uns der Konstruktion Lotmars angeschlossen, wonach sie als bedingter, vertragsmäßiger Schuldverzicht anzusehen ist. Damit ist formell dem Erfordernis der besonderen Leistung Genüge getan, da, wie wir sahen, die Leistung auch in einem Unterlassen, einem Dulden bestehen kann. Diese Konstruktion, welcher von Sigel³⁸⁾ der Vorwurf nicht erspart blieb, daß sie gekünstelt sei, läßt sich zum mindesten damit rechtfertigen, daß nur so die Anwendbarkeit des richterlichen Ermäßigungsrechtes des § 343 B.G.B. auf die verwirkten Lohnbeträge, abgesehen von den Fällen des § 134, II Gew.O. gewährleistet ist. Dies ist als sozialpolitische Notwendigkeit zu erachten für die Fälle der Lohnverwirkung, welche von der Regel des § 134 Absatz I der Reichsgewerbeordnung (früher vor der Gewerbenovelle vom 30. Dezember 1908: § 134 Absatz II) nicht betroffen werden, und entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der durch Einfügung des § 343 Absatz II B.G.B., der gemäß Artikel 32 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch auch auf die Gewerbeordnung sich erstreckt, jedes agere in fraudem legis vereiteln wollte. Die Darstellung der einzelnen Fälle der Lohnverwirkung soll unten folgen.

Zunächst sind die anderen Konstruktionsversuche zu würdigen:

a) Sigel³⁹⁾ betrachtet die Lohnverwirkung als bedingten Aufrechnungsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Rechtsgeschäft, durch das sich letzterer verpflichtet, die Aufrechnung einer dem Arbeitgeber in Zukunft etwa erwachsenden Gegenforderung auf die Lohnforderung zuzulassen. Er geht dabei von dem im § 134, II R.Gew.O. behandelten Spezialfall aus, der Lohnverwirkung wegen rechtswidriger Vertragsauflösung (Kontraktbruches).

In diesem Falle wird dem Arbeitgeber meistens eine Gegenforderung als Schadenersatz wegen des Vertragsbruches entweder auf Grund der Vertragserfüllungshaftung oder aus unerlaubter Handlung zustehen. Da, wie wir sahen, die Lohnverwirkung die Funktion des Schadenersatzes erfüllt, indem dem Arbeitgeber ein Vorteil erwächst durch Ersparung der Lohnzahlung, so wirkt sie beim Vorliegen von solchen Gegenforderungen des Arbeitgebers tatsächlich und wirtschaftlich wie die Aufrechnung. Juristisch kann sie aber nicht eine solche sein; denn die Aufrechnung verlangt Geltendmachung der aufzurechnenden Gegenforderung, eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Arbeitgebers, daß er gegen die Lohnforderung mit seiner Schadenersatzforderung aufrechne (§ 388). Die Lohnverwirkung tritt aber, als Abrede, daß der Arbeitnehmer wegen irgend eines bestimmten, vertragswidrigen Verhaltens seinen Lohn einbüßen soll, ohne weiteres, eo ipso mit der Vollendung des Verwirkungsverhaltens ein, ohne daß es eines Zutuns, einer Willenserklärung des Arbeitgebers bedürfte⁴⁰⁾. Sonst hat eine solche Erklärung nur deklarative Bedeutung: sie konstatiert, daß eine Verwirkung eingetreten ist, oder sie gibt Kunde, daß der Arbeitgeber von dem Vorteil Gebrauch machen will, den die ohne sein Zutun eingetretene Verwirkung ihm gewährt hat⁴¹⁾.

Die zur Geltendmachung der Aufrechnung notwendige Willenserklärung kann auch nicht etwa in der bei Ausbedingung der Lohnverwirkung abgegebenen Erklärung des Arbeitnehmers, daß bei einem gewissen Verhalten des andern dessen Lohnforderung verwirkt sei, gefunden werden. Ganz abgesehen davon, daß damals von einer Gegenforderung noch nicht die Rede sein konnte, so wäre eine solche bedingte Aufrechnung mittels antezipierter Aufrechnungserklärung unwirksam (§ 388 Satz 2 B.G.B.). Denn die Aufrechnung ist eine Verfügung und vom Eintritt besonderer Voraussetzungen abhängige Rechts-handlung; sie kann also nicht im voraus erfolgen sondern erst wenn ihre Voraussetzungen eingetreten⁴²⁾. Wegen der Unmittelbarkeit der Äußerung der Verwirkung ist mit der Vollendung des vertragswidrigen Verhaltens, also im Augenblicke da eine Schadenersatzforderung des Arbeitgebers entstanden ist, die Lohnforderung selbst schon untergegangen, somit die Aufrechnung gegenstandslos geworden.

Somit ist selbst bei der Lohnverwirkung des § 134 Absatz 1

Gew.O., wo meist ein Anspruch des Arbeitgebers vorliegen wird, der Gesichtspunkt der Aufrechnung unanwendbar.

Für die Mehrzahl der Fälle der Lohnverwirkung gilt dies um so mehr, als dort die Verwirkung aus anderen Gründen als zum Zwecke des Schadenersatzes bedungen wird⁴³⁾. So ist sie z. B. gebräuchlich als (negative, meist ist die Ordnungsstrafe [vergl. § 134 b Gew.O.] positive Zahlung eines gewissen Betrages) Ordnungsstrafe wegen Verstoßes gegen die äußere Ordnung des Betriebes oder etwa als Buße für Nichtvollendung von Akkordarbeit, die an sich ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist eingestellt werden kann, in welchem Falle kein rechtswidriger Vertragsbruch vorliegt⁴⁴⁾. Auch Sigel muß zugeben⁴⁵⁾, daß die Lohnverwirkung nicht immer als Aufrechnung angesehen werden kann, und jedenfalls dann nicht, wenn, wie hier, jede Gegenforderung des Gläubigers fehlt.

Trotz Sigel ist daran festzuhalten, daß die Verwirkung überhaupt niemals Aufrechnung sein kann, weil im Verwirkungsfalle das Aufrechnungsobjekt, die Lohnforderung, entweder vernichtet wird oder, falls von der Bestimmung des § 134 b Nr. 5 R.Gew.O. Gebrauch gemacht wurde, ihren Destinatär gewechselt hat, sodaß sie nicht mehr dem Arbeitnehmer zusteht, welchem gegenüber vielleicht der Arbeitgeber jetzt eine aufrechenbare Forderung hat. Dieses Ergebnis kann auch nicht durch die ironische Bemerkung beseitigt werden⁴⁶⁾: „Der Arbeitgeber wäre gewiß erstaunt, wollte man ihm sagen, er könne, wenn er auch wolle, auf die Geltendmachung der Lohnverwirkung gar nicht verzichten, da die Lohnforderung längst vernichtet sei.“ Ein solcher „Verzicht“ des Arbeitgebers wäre jedes Objektes bar. Eine diesbezügliche Erklärung wäre als Schenkungsversprechen aufzufassen, Würde der Arbeitgeber trotz der Verwirkung den Lohn auszahlen, also stillschweigend auf die Verwirkung verzichten, so wäre dies reine Schenkung: denn die verwirkte Lohnforderung kann nicht wieder aufleben: auf sie steht dem Arbeiter kein Anspruch mehr zu.

Daß die Lohnverwirkung unmittelbar Vernichtung der Lohnforderung zur Folge hat und nicht nur aus Zweckmäßigkeitsgründen zur Vermeidung der Aufrechnungskonstruktion willkürlich gewählt wurde, lehrt ein Blick auf die Rechtsnatur der gesetzlichen Verwirkungsfälle. So geht z. B. der Anspruch des durch ein Kraftfahrzeug Verletzten gegen den Besitzer auf Schadensersatz

unter, wenn jener nicht rechtzeitig Anzeige erstattet: also unmittelbare Rechtsvernichtung; ein anderes Beispiel bieten die Fälle der sogenannten Wechselpräjudizierung. Nach § 96 der Eisenbahnverkehrsordnung vom 23. Dezember 1908 ist die Haftung der Eisenbahn aus dem Frachtvertrag ausgeschlossen, wenn der Absender reglementwidrige Güter unter falscher Bezeichnung aufgibt oder die gebotenen Vorsichtsmaßregeln unterläßt. Die Gültigkeit des Frachtvertrages wird durch diese Vertragswidrigkeit nicht berührt⁴⁷⁾. Der vertragswidrig Handelnde verliert seine Ersatzansprüche; der Verlust tritt unmittelbar ein, ohne Zutun der Eisenbahn. Von einem Rücktrittsrecht wie in § 360 kann natürlich keine Rede sein; hier liegt reine Verwirkung vor. Formell rechtlich betrachtet wird es sich auch hier um einen vertragsmäßigen, bedingten Verzicht auf (nicht Vertragsrechte, sondern im Schadensfalle erst sich verwirklichende) Anwartschaft auf Entschädigung handeln. Wegen des Vorliegens dieser besonderen Leistung dürfte die Anwendbarkeit des Ermäßigungsrechtes des § 343 auf die Schadenersatzansprüche gegeben sein.

Genau so ist die Lohnverwirkung unmittelbarer Verlust des Lohnanspruches, der verschieden ist von dem Untergang der Lohnforderung durch Erfüllung. In beiden Fällen ist der Endeffekt gleich, der Arbeitgeber wird frei von seiner Lohnschuld.

Daß diese Forderungsaufhebung nicht als formeller Erlaß angesehen werden kann, haben wir im Anschluß an Lotmar schon oben dargetan. Damit ist zugleich der Einwand Sinzheimers⁴⁸⁾ widerlegt, daß die Lohnverwirkung keine Vertragstrafe sein könne; sie deckt sich ja mit der von ihm angeführten Definition Dernburgs, wonach Vertragstrafe „eine neue Verpflichtung für den Fall der Nichteinhaltung des Hauptversprechens“ begründet. Die Lohnverwirkungsabrede enthält das Versprechen einer besonderen (negativen) Leistung.

b) Mit unserer Konstruktion der Lohnverwirkung als einer unmittelbar infolge des Verwirkungstatbestandes eingetretenen Forderungsvernichtung stimmt äußerlich die Ansicht von Joel⁴⁹⁾ überein, welcher sie als Aufhebung der Lohnforderung unter einer Resolutivbedingung betrachtet. Er sieht mehr auf die formelle Seite. Eine Resolutivbedingung ist dann gegeben, wenn das bedingte Recht bis zur Erfüllung der Bedingung wirksam ist und erst in diesem

Zeitpunkt außer Wirksamkeit tritt, während die Suspensivbedingung den bis zu ihrer Erfüllung bestehenden Schwebeszustand in diesem Zeitpunkt in den Zustand der Wirksamkeit überführt. Bedingungsobjekt ist im Falle der Lohnverwirkung der künftige Lohnanspruch des Arbeitnehmers. Dieser ist noch gar nicht entstanden, sondern erst in seiner Entstehung suspensiv bedingt durch die Arbeitsleistung. Ist er aber einmal entstanden, so kann er, bevor er, durch Lohnauszahlung getilgt wird, verwirkt werden. Der entstandene Lohnanspruch ist also resolutiv bedingt. Seine Wirksamkeit endigt mit Eintritt des verpönten Verhaltens des Arbeitnehmers.

Die Ansicht von Joel ist aber irrig, wenn man dem Wortlaut des § 158 B.G.B. entsprechend als bedingt ansieht das Rechtsgeschäft, aus dem der Lohnanspruch entspringt, und die Bedingung begrifflich als accessorium eines solchen. Als Bedingungsobjekt kann man entweder diesen letzteren in seiner Totalität, oder die ihm beigesetzte Verwirkungsklausel ansehen. Die Verwirkungsklausel ist dann (suspensiv) bedingt durch Erfüllung des Verwirkungstatbestandes. Diese Bedingtheit ist aber nur äußerlich, nur formell. Geht man näher ein auf das innere Wesen der vorliegenden Bedingung, dann kommt man auf die oben erörterte, vertragsmäßige Aufhebung der Lohnforderung.

In diesem Zusammenhang ist die Streitfrage, ob die sogenannte *lex commissoria* des § 360 B.G.B. als Resolutiv- oder Suspensivbedingung anzusehen ist, zu erörtern: Erstere Meinung ist nur insofern richtig, als sie der *lex commissoria* resolutiven Charakter⁵⁰⁾ beimißt. Deren Endziel ist ja die Auflösung eines Rechtsverhältnisses. Dieses Ziel wird aber mit rückwirkender Kraft erreicht. Daher kann die *lex commissoria* nicht eine Resolutivbedingung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches sein. Denn diese wirkt *ex nunc*⁵¹⁾.

Die Bedingung der *lex commissoria* ist vielmehr suspensiv. Objekt derselben ist das Rücktrittsrecht; dieses entsteht erst, wenn der Schuldner das vorausgesetzte Verhalten bietet. Und erst die Geltendmachung des Rücktrittsrechtes löst den Vertrag auf; diese ist aber eine *condicio juris*. Resolutivbedingung läge nur dann vor, wenn das Verhalten des Schuldners unmittelbar, dinglich den Vertrag auflösen würde⁵²⁾.

Die *lex commissoria* ist also eine Nebenabrede unter doppelter Bedingung, von denen die eine echte suspensive Bedingung, die

andere nur *condicio juris* ist, nicht aber unter doppelter Resolutivbedingung, was Thinius⁵³⁾ mit einem Trugschluß identifiziert. Thinius behauptet zuerst das Vorliegen einer doppelten Resolutivbedingung, was offenbar falsch ist; dann am Schluß wieder, was doch mit ersterem ganz und gar nicht identisch ist, daß „der *lex commissoria* der resolute Charakter nimmermehr abgesprochen werden könne“ und „daß sie nicht suspensive ‚Wirkung‘ habe“. Letzteres bedarf keines Beweises. Mit Recht spricht daher Schmidt bezüglich jener Ausführungen Thinius' von einem Kampf gegen Windmühlen.

Die *lex commissoria* hat unbestritten resolute Wirkung, ist aber selbst — weil als Rücktrittsrecht gestaltet, das noch der Geltendmachung bedarf — suspensiv bedingt. Sie enthält die Möglichkeit zu einem neuen Rechtsverhältnis, dem Rücktrittsverhältnis, dessen Wirkung erst mit Abgabe der Rücktrittserklärung beginnt. Die Rücktrittserklärung ist die Bedingungstatsache, welche die potentielle (latente) Rechtsenergie in kinetische verwandelt und neue Rechte erwachsen läßt. Die wesentlichste und praktisch bedeutendste Folgerung aus der angegebenen Konstruktion der Lohnverwirkung ist, daß für sie die Schranken der Aufrechnung und des Zurückbehaltungsrechtes, wie sie das Lohnbeschlagnahmengesetz aufstellt, nicht gelten⁵⁴⁾.

Während die vertragsmäßige Aufrechnung letzten Endes auf gesetzlicher Verleihung beruht, von welcher die Parteien Gebrauch machen, beruht die Lohnverwirkung auf reiner Privatdisposition. Selbst § 134, 1 Gew.O., der eine Unterart derselben behandelt, enthält keine solche Dispositivnorm, deren Gebrauch und Ausgestaltung den Parteien überlassen wäre, sondern im Gegenteil eine *lex specialis* der aus allgemeinen Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit fließenden Lohnverwirkung⁵⁵⁾. Die Bestimmung des § 134, 1 Gew.O. ist eine Ergänzung für das Arbeitsverhältnis in größeren Betrieben mit mehr als 20 Arbeitern, für welche das aus § 124b Gew.O. fließende Recht, im Falle des Vertragsbruches ohne besonderen Schadensbeweis eine feste Entschädigung zu verlangen, nicht gilt (§ 134 Absatz 1 Satz 2 Gew.O.). Wegen des den kleinen Fabriken und Handwerkern gewährten — gesetzlichen — Rechtes darf man annehmen, daß diese von vertragsmäßiger Ausbedingung von Entschädigungen für Vertragsbruch wohl selten Gebrauch machen

werden. Eine gesetzliche Schranke für diese Abreden war daher unnötig. Dagegen fehlt den Großbetrieben jenes gesetzliche Recht. Sie sind auf den Weg der Ausbedingung durch Arbeitsvertrag der Arbeitsordnung hiefür verwiesen. Um sie nicht den Kleingewerbetreibenden gegenüber in dieser Hinsicht zu begünstigen, war die einschränkende Bestimmung des § 134, 1 Gew.O. nötig, wonach die vertragsmäßige Lohnverwirkung wegen Kontraktbruches nur bis zum Betrag eines durchschnittlichen Wochenlohnes ausbedungen werden kann.

Diese Beschränkung gilt also nur für die Großbetriebe mit mehr als 20 Arbeitern und nur für die Fälle rechtswidrigen Vertragsbruches. Im übrigen ist die Lohnverwirkung persönlich und sachlich unbeschränkt. Die Schranke gilt also nicht für die in § 124b mit gesetzlicher Satisfaktion ausgestatteten Kleinbetriebe, diese können — erfahrungsgemäß ist dies selten — unbeschränkt vertragliche Verwirkungen bedingen (mit einer unten zu besprechenden Ausnahme). Sie gilt ferner nicht bei Großbetrieben für andere Fälle als Vertragsbruch, und nicht gegenüber den in § 133a Gew.O. genannten Betriebsbeamten; denn da den Arbeitgebern diesen gegenüber eine feste Entschädigung gesetzlich gewährt ist, bei deren gerichtlicher Geltendmachung sie des Schadennachweises überhoben sind (§§ 133c, 133a, 124b), fehlt es an einem Anlaß zur Einschränkung der vertragsmäßigen Lohnverwirkung in letzteren Fällen.

Diese Großbetriebe sind dagegen dadurch eingeschränkt, daß sie verpflichtet sind, in der Arbeitsordnung über die Art der Verwendung der verwirkten Lohnbeträge eine Bestimmung zu treffen (§ 134b Absatz 1 Nr. 5). Sie können also auch bestimmen, daß den Arbeitgebern selbst diese zufallen sollen. Jene Gesetzesvorschrift soll nur einen moralischen Druck auf die Arbeitgeber ausüben, daß sie die verwirkten Beträge zugunsten der Arbeiter, etwa einer Wohlfahrtseinrichtung, verwenden. Dagegen müssen die in § 134b Absatz 1 Nr. 4 genannten „Strafen“ stets zugunsten der Arbeiter des Betriebes verwendet werden. (§ 134b Absatz 2 Satz 3.) Unter diesen Strafen sind aber nur die sogenannten Ordnungsstrafen, Fabrikstrafen, nicht aber auch die eigentlichen Vertragsstrafen zu verstehen. Die Fabrikstrafen unterscheiden sich dadurch von den Konventionalstrafen, daß letztere für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit (oder einer nicht erzwingbaren

Schuld im germanistischen Sinne), erstere auch für den Fall festgesetzt sind, daß der Arbeiter eine Handlung vornimmt oder unterläßt, zu deren Vornahme oder Unterlassung er überhaupt nicht verpflichtet ist. Sie sind einander ähnlich im Hinblick auf ihre Form; auch die Fabrikstrafe ist formell eine Vertragstrafe, indem sie entweder im Arbeitsvertrag (Tarifvertrag) oder (wie meist bei Großbetrieben) in der Arbeitsordnung, die als *lex contractus* zu erachten ist, ihren Rechtsgrund hat. Sie gleichen einander aber nicht nur hinsichtlich der Begründung, sondern auch hinsichtlich des Verfalls. Beide sind positive Leistungen des Arbeiters, meist Geldzahlungen. Nur auf solche ist § 134b Absatz 1 Nr. 4 zugeschnitten, wonach Strafen stets zugunsten der Arbeiter zu verwenden sind. Diesen Strafen fehlt aber wegen der obligatorischen Verwendung zugunsten der Arbeiter die der Vertragstrafe des Bürgerlichen Gesetzbuches eigentümliche Schadenersatzfunktion. Die Lohnverwirkung dagegen kann nicht unter jenen Strafen der Gewerbeordnung gemeint sein; denn diese sind positive Leistungen der Arbeiter, während jene, wie wir sahen, nur insofern als Vertragstrafe juristisch qualifiziert werden kann, als sie eine besondere (aber negative) Leistung enthält. Dazu kommt noch, daß die Lohnverwirkung in der Regel Schadenersatzfunktion hat⁵⁶).

Auch die Lohnverwirkung ist dann nicht Schadenersatzleistung, wenn der verwirkte Betrag nach fakultativer Bestimmung der Arbeitsordnung einer Wohlfahrtseinrichtung, also einem Dritten, zufallen soll. Diese Charakterisierung wird bedeutsam für die später zu erörternde Frage nach der Anwendbarkeit des in § 343 B.G.B. für die Vertragstrafe vorgesehenen richterlichen Ermäßigungsrechtes, wie für die Frage nach der Möglichkeit der Geltendmachung von weiterem Schadenersatz.

Die rechtliche Gestaltung der Lohnverwirkung wird besonders praktisch mit Rücksicht auf den Schutz, welchen das Lohnbeschlagnahmegesetz den Lohnforderungen angedeihen läßt. Nach § 2 II dieses Gesetzes ist, soweit nach den Bestimmungen des Lohnbeschlagnahmegesetzes die Beschlagnahme des Lohnes unzulässig ist, auch jede Verfügung über ihn durch Zession, Anweisung, Verpfändung oder ein anderes Rechtsgeschäft ohne rechtliche Wirkung.

Das Lohnbeschlagnahmegesetz, das in erster Linie als Ausführungs- und Ergänzungsgesetz zu den Bestimmungen der

Zivilprozeßordnung über die Zwangsvollstreckung gedacht war, hat also auch privatrechtliche Bedeutung.

Die Grenze der Beschlagnahmefähigkeit des Arbeitslohnes bildet, abgesehen von den sonstigen Voraussetzungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, der Betrag von 1500 Mark jährlich: erst bezüglich des darüber hinausgehenden Lohnes unterliegt der Arbeiter keinerlei Verfügungsschranken. Unter „Verfügung“ versteht man „jedes Rechtsgeschäft“, durch das jemand „unmittelbar ein ihm zustehendes Recht ganz oder teilweise auf einen andern überträgt, dasselbe belastet, ändert oder aufhebt“⁵⁷⁾. Verfügung bedeutet also eine unmittelbare Rechtsveränderung und steht im Gegensatz zur Übernahme einer bloßen Verpflichtung auf Herstellung der betreffenden Rechtsveränderung. Da die Aufrechnung wie der Erlaßvertrag als Verfügung anzusehen sind, so haben diejenigen, welche die Lohnverwirkung als Aufrechnung (Sigel) oder Erlaß (Sinzheimer) betrachten, richtig die Konsequenz ihrer Anschauung gezogen, daß die Lohnverwirkung unzulässig sei innerhalb der Schranken des Lohnbeschlagnahmegesetzes⁵⁸⁾. Wir dagegen sehen die Lohnverwirkungsklausel als obligatorischen Nebenvertrag auf Erfüllung einer negativen Leistung an; nämlich der Unterlassung der Einforderung des Lohnes. Erst die Erfüllung dieses Versprechens, die Verwirkung, läßt das Recht auf den Lohn erlöschen, erst diese ist also eine Verfügung,

Das von dem Arbeiter vorgenommene Rechtsgeschäft geht also erst mittelbar auf eine Rechtsveränderung. Nach der von uns angegebenen Gestaltung haben wir keinen Anlaß, die Lohnverwirkung für unzulässig zu halten⁵⁹⁾. Sie ist eben weder eine Verfügung im erwähnten Sinne, noch Aufrechnung, daher ihrer Ausbedingung nach unbeschränkt (abgesehen von den erörterten Schranken der Gewerbeordnung) zulässig.

Zur Ermöglichung und Vorbereitung der Lohnverwirkung dient die sogenannte Lohneinbehaltung⁶⁰⁾. Die Lohneinbehaltung ist tatsächlich Vorenthaltung des Arbeitslohnes am Zahltag von seite des Arbeitgebers, Verzicht auf die Auszahlung auf unbestimmte Zeit von seite des Arbeitnehmers, also ein Provisorium. Durch sie ist die Fälligkeit der Lohnforderung hinausgeschoben. Der Lohn braucht erst bezahlt zu werden, wenn das Arbeitsverhältnis beendet ist,

falls er nicht vorher durch Verwirkung verfallen ist. Die Einbehaltung verändert den Charakter der Lohnforderung nicht, ist also keine Novation⁶¹⁾, sondern ändert nur die Verfallzeit, ist also vertragsmäßige Lohnstundung⁶²⁾. Infolge der Einbehaltung ist die Lohnforderung nach wie vor unpfändbar, da „der Tag, an welchem die Vergütung . . . vertragsmäßig zu entrichten ist“ (Lohnbeschlagnahmegesetz § 1), hinausgeschoben ist. Der Lohn wird durch die Einbehaltung am Fälligkeitstage zum rückständigen Lohn⁶³⁾. Die Einbehaltung enthält, wenn auch ihr Zweck Sicherung der Verwirkung durch Beschaffung von Verwirkungsobjekten ist, keine Verpfändung oder Hinterlegung des Lohnes oder der Lohnforderung; denn Eigentum und Pfandrecht, wie Pfandgläubigerrecht und Forderungsschuldnerschaft in einer Person (des Arbeitgebers) sind miteinander unvereinbar⁶⁴⁾. Die Lohneinbehaltung ist somit, da sie keine Verfügung über die Lohnforderung enthält, im allgemeinen zulässig. Ihre Zulässigkeit setzt auch § 119a Gew.O. voraus, der sie bei gewissen Voraussetzungen nur nach ihrem Maße beschränkt. Danach dürfen „Lohneinbehaltungen, welche von Gewerbetreibenden zur Sicherung des Ersatzes eines ihnen aus der widerrechtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses erwachsenden Schadens oder einer für diesen Fall verabredeten Strafe⁶⁵⁾ ausbedungen werden, bei den einzelnen Lohnzahlungen ein Viertel des fälligen Lohnes, insgesamt aber den Betrag eines durchschnittlichen Wochenlohnes, nicht übersteigen“. Also nur Einbehaltungen zur Sicherung einer Ersatzforderung oder Strafe wegen Kontraktbruches sind so beschränkt. Die Lohnverwirkung ist nun weder Ersatzforderung noch Strafe, kann aber diese Funktion tragen, wie dargetan, da sie ja nur eine negative Rechtswirkung darstellt, nicht einen positiven Anspruch entstehen läßt. Der Zweck der Vorschrift des § 119a Gew.O. erfordert aber analoge Anwendung auf den Fall der Einbehaltung zur Verwirkung wegen Kontraktbruches⁶⁶⁾, weil sonst durch Vereinbarung der Verwirkung jene einschränkende Vorschrift umgangen werden könnte. Im übrigen ist die Lohneinbehaltung, wie zur Sicherung der Ersatzforderungen oder Strafen aus anderen Gründen, so auch zur Verwirkung unbeschränkt zulässig. Doch ist sie, wenn sie nicht der Verwirkung dient, nur ein unvollkommenes Sicherungsmittel; denn die Befriedigung der etwaigen Ersatz- oder Strafforderungen des Arbeitgebers kann nur durch freiwillige Zahlung

des Arbeiters geschehen, nicht aber durch Aufrechnung gegen den einbehaltenen Lohnbetrag, da dieser (Lohnbeschlagnahmengesetz § 1) infolge der Einbehaltungsabrede nicht zu entrichten ist.

§ 5.

Die akzessorische Natur.

Die Verwirkungsklausel wird als Nebenvertrag, als Rechtsgeschäft sekundärer Art bezeichnet, dessen Zweck Sicherung und Verstärkung eines prinzipialen Rechtsverhältnisses ist. Dieser Zweck wird zuweilen auf etwas paradoxe Art erreicht, wie bei der sogenannten Verwirkungsklausel des § 360 B.G.B., die auf Vernichtung des Hauptverhältnisses abzielt. Gerade bei der echten Verwirkungsklausel aber tritt dieser Sicherungszweck rein zutage. Dieser Zweck bedingt Anlehnung der Verwirkungsklausel, wie immer ihre rechtliche Gestaltung sein mag, an ein anderes Rechtsgeschäft: sie ist niemals um ihrer selbst willen da, sondern kommt zu einem andern Rechtsverhältnis hinzu, sie ist also in diesem rein äußerlichen Sinn akzessorisch. Spricht man aber bei einem Rechtsgebilde von akzessorischer Natur, so meint man eine mehr innerliche Abhängigkeit von Haupt- und Nebenrechtsgeschäft. Dieser Begriff ist in der Rechtslehre im Privatrecht — nächst dem Pfandrecht — besonders häufig angewendet bei der Vertragstrafe. Dort versteht man darunter die Abhängigkeit der Strafabrede vom Bestand einer gültigen Hauptverbindlichkeit, d. h. einer mit Rechtszwang ausgestatteten Verpflichtung, deren Korrelat der Anspruch⁶⁷⁾, im Gegensatz zu einer direkt nicht erzwingbaren Schuld im weitesten Sinne, als deren Spezialfall die naturalis obligatio erscheint. Man hat behauptet, die Vertragstrafe sei im angegebenen Sinne streng akzessorisch, und da, wo ihr keine Verbindlichkeit zugrunde liege, habe man es nur mit einem bedingten Versprechen zu tun, auf welches § 343 II B.G.B. als Spezialvorschrift das für Vertragstrafen geltende richterliche Ermäßigungsrecht ausnahmsweise ausdehne, während die übrigen Bestimmungen über die Vertragstrafe auf sie keine Anwendung fänden⁶⁸⁾. Weil die Strafversprechen des § 343 Absatz 2 nur rein bedingte Versprechen seien, habe es der ausdrücklichen Ausdehnung der Vorschrift des Absatz 1 auf sie bedurft, damit nicht die Parteien durch Unterlassung einer Hauptabrede das Ermäßigungsrecht umgingen,

Diese Ansicht wird schon widerlegt durch den Zweck der Vertragstrafe, „einen mittelbaren Zwang zur Leistung für solche Fälle zu schaffen, wo der Prozeß- und Vollstreckungszwang aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar oder unsicher ist⁶⁹⁾. Gerade in diesen Fällen ist die Sicherungsbedürftigkeit des Schuldverhältnisses am größten.

Eine Vertragstrafe ist unzweifelhaft dann erst am Platze, wenn jemand ein Tun oder Unterlassen verspricht, ohne daß er direkt dazu verhalten werden könnte; da eine zwangsweise Erfüllung ausgeschlossen ist, bleibt nur der Druck der drohenden Strafe, welche den „Schuldner“ zum Halten seines Versprechens veranlassen soll. Dem Strafversprechen liegt zwar keine Verbindlichkeit, wohl aber eine Schuld im germanistischen Sinne zugrunde; auch da, wo deshalb keine Verbindlichkeit vorliegt, weil die Parteien, obwohl sie eine wirkliche Verbindlichkeit begründen könnten, aus praktischen Gründen sich mit der bloßen Strafvereinbarung begnügen wollen, oder wo sie zur Verschärfung eines Verbotsgesetzes, insbesondere eines Verbotes des Eingriffes in absolute Rechte (823 I B.G.B.) (welchen keine Verbindlichkeiten zur Unterlassung entspringen, wenn sie auch durch Klagerechte auf Unterlassung geschützt sind⁷⁰⁾, eine Strafe vereinbaren, hat die „Strafe“ denselben Charakter wie beim Vorliegen einer Hauptverbindlichkeit, nur mit dem Unterschiede, daß hier das Leistensollen des Schuldners, das Bekommensollen des Gläubigers nur durch die drohende Strafe allein geschützt ist. Die Vertragstrafe ohne Hauptverbindlichkeit kann daher nicht als potestativ bedingtes Leistungsversprechen angesehen werden. Das versprochene (nicht erzwingbare) Tun oder Unterlassen steht nicht nur im freien Belieben des Strafschuldners. Seine Absicht, wie auch die des Versprechenempfängers ist in erster Linie auf die Leistung des versprochenen Tuns oder Unterlassens gerichtet, nicht auf die Strafe. Diese dient als Genugtuung und Ersatz für das Ausbleiben der freiwilligen Leistung und zeigt hierin ihren Haftungscharakter. Dies ist im Gesetz anerkannt durch die Ausdehnung des richterlichen Ermäßigungsrechtes auf die Vertragstrafe ohne Hauptverpflichtung in § 343 Absatz 2. Daraus ergibt sich, daß die Strafe auch hier im voraus fixiertes Interesse des Versprechenempfängers an der versprochenen Leistung ist; denn auf diese Ersatzfunktion gründet sich die Möglichkeit einer Ermäßigung.

Schon die Ähnlichkeit der Funktionen ergibt so die Zulässigkeit analoger Erstreckung der für die Vertragstrafe mit Hauptverbindlichkeit geltenden Vorschriften auf die sogenannten selbständigen Strafversprechen. Bestärkt wird dies noch durch die innere Wesensgleichheit beider. § 343 Absatz 2 spricht vom Versprechen einer „Strafe“, wie auch § 339. Strafe ist aber allgemein genommen ein Übel, das für Verletzung von fremden Interessen zugefügt wird, welche durch irgend eine Norm geschützt sind. Die Norm, für deren Nichtbeachtung die Strafe verhängt wird, ist beim Strafversprechen ohne Hauptverbindlichkeit in diesem selbst enthalten. Der Ausdruck „Strafe“ setzt also ein unmittelbares Interesse des Versprechenempfängers an dem versprochenen Verhalten voraus ⁷¹⁾ ⁷²⁾). Diese Art Strafversprechen unterscheidet sich von der Vertragstrafe im technischen Sinne dadurch, daß bei dieser dem Interesse des Versprechenempfängers an dem für den Verfall ausschlaggebenden Verhalten des andern auch ein Recht, ein Anspruch, also die Möglichkeit direkter Erzwingbarkeit zur Seite steht, während die sogenannten selbständigen Strafversprechen nur ein aus dem Strafversprechen selbst zu entnehmendes Interesse an der versprochenen Handlung der Unterlassung schützen sollen ⁷³⁾). Ob ein solches unmittelbares Interesse an dem ausschlaggebenden Verhalten vorliegt, kann nur im Einzelfalle durch Willensauslegung festgestellt werden ⁷⁴⁾). Wo dieses unmittelbare Interesse fehlt oder auf das Gegenteil des versprochenen Verhaltens gerichtet ist, haben wir es mit einem rein bedingten Leistungsversprechen, etwa einer Wette, zu tun. Auf dieses findet § 343 Absatz 2 jedoch keine Anwendung. Solche bedingte Rechtsgeschäfte liegen auch dann vor, wenn jemand eine „Strafe“ verspricht, falls nicht er selbst eine Handlung vornimmt oder unterläßt (auf welchen Fall allein § 343 II zutrifft), sondern falls ein Dritter eine Handlung vornimmt oder unterläßt, auf dessen Verhalten der Versprechende keinen Einfluß hat, sodaß er dann auch nicht dafür zu haften hat, oder falls ein objektives Ereignis eintritt. Solche Abreden liegen selbstverständlich außerhalb des Begriffes der Vertragstrafe (auch der selbständigen). Sie enthalten eine Haftung ohne Schuld. Sie können (so im letztgenannten Falle) entweder eine unverbindliche Wette (§ 702) einkleiden oder Übernahme einer Garantiepflicht enthalten, wie dies besonders dem modernen Versicherungsrecht eigen ist. Ein solches bedingtes

Rechtsgeschäft ist z. B. gegeben, wenn der Vater dem Lehrherrn seines Sohnes eine „Strafe“ verspricht für den Fall, daß dieser aus der Lehre entläuft. Die versprochene „Strafe“ hat hier nur die Funktion eines vorausbestimmten Interessenäquivalents, nicht auch die eines Zwangsmittels. Die Leistung eines Dritten kann nicht versprochen werden. Ein solches Versprechen wäre unwirksam, weil sein Inhalt unmöglich ist. Der Versprechende verpflichtet nur sich zur Aufwendung von Mühe, zum Versuch, daß der Dritte das Verhalten leiste, er übernimmt Gewähr für den Erfolg, die Schadenshaltung des Versprechenempfängers, er haftet also ohne eigene Schuld. Die etwa schon bestehende Verpflichtung des Dritten (in unserem Beispiel die Verpflichtung des Lehrlings zum Verbleiben beim Meister auf Grund des Lehrvertrags) wird nicht durch das im eigenen Namen abgegebene Versprechen des Vaters gesteigert ⁷⁵⁾.

Dem unmittelbaren Interesse des Versprechenempfängers entspricht auf der Seite des Versprechenden eine Pflicht ⁷⁶⁾ zum Handeln oder Unterlassen, die wegen der in dem Strafversprechen gegebenen Norm eine „Rechtspflicht“ ist ⁷⁷⁾. Das versprochene Handeln oder Unterlassen ist nicht lediglich vom freien Belieben des Versprechenden abhängig, sondern es ist geschuldete Leistung im weitesten Sinn. Dadurch unterscheiden sich die sogenannten selbständigen Strafversprechen von den rein bedingten Leistungsversprechen. Bei diesen ist der Verfall der „Strafe“ lediglich potestativ bedingt durch das auf dem freien Willen des Versprechenden beruhende Verhalten, oder durch das Verhalten eines Dritten, oder ein objektives Ereignis. Wo also eine der beiden Voraussetzungen, das unmittelbare Interesse des Versprechenempfängers an dem ausschlaggebenden Verhalten und das Geschuldetsein des Verhaltens, fehlt — wegen der Korrelativität beider wird nur ein Fehlen beider zugleich denkbar sein —, kann von einem sogenannten selbständigen Strafversprechen keine Rede sein. Auf die rein bedingten Versprechen kann § 343 Absatz 2 nicht Anwendung finden, denn bei diesen kann von Strafe nicht gesprochen werden ⁷⁸⁾.

Meines Erachtens ist also die herrschende Ansicht, daß die Vertragsstrafe stets akzessorischen Charakter in dem Sinne habe, daß sie eine Hauptverbindlichkeit voraussetze, und eine Vertragsstrafe ohne solche als bedingtes Versprechen anzusehen sei, unrichtig. Akzessorisch ist die Vertragsstrafe nur insofern, als sie eine „Schuld“

voraussetzt. In diesem Sinne akzessorisch ist dann auch das sogenannte selbständige Strafversprechen. Wo diese fehlt, liegt nur ein bedingtes Leistungsversprechen vor. Die Konsequenz dieser Anschauung ist dann allerdings die Verneinung der Möglichkeit einer „selbständigen“ Vertragstrafe. „Selbständige Vertragstrafe“ wäre danach eine *contradictio in adjecto*, die „Akzessorische Vertragstrafe“ ein Pleonasmus.

Meines Erachtens kann man also akzessorische Vertragstrafe im Gegensatz zum selbständigen Strafversprechen⁷⁹⁾ stellen und beide nur als Unterabteilungen des Oberbegriffes Vertragstrafe anführen.

Diese aus der inneren Wesensähnlichkeit beider Rechtsgebilde abgeleitete Folgerung kann nicht durch den äußerlichen Umstand widerlegt werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch selbst in den §§ 339, 342 nur von der Vertragstrafe mit Hauptverbindlichkeit handelt. Diese einseitige Hervorhebung der akzessorischen Vertragstrafe erklärt sich aus den Bedürfnissen der Praxis, welche diese dominieren lassen. Daher hat auch die Gesetzgebung die vorherrschende Art der Vertragstrafe ausführlicher behandelt und dem selbständigen Strafversprechen als praktisch weniger bedeutsamen nur einen einzigen Paragraphen gewidmet. Aber die Wissenschaft darf verallgemeinern und sich über diese Schranke des Gesetzes hinwegsetzen⁸⁰⁾. Daher ist die analoge Anwendung der für die Vertragstrafe mit Hauptverbindlichkeit geltenden Bestimmungen auf andere Vertragstrafen gerechtfertigt⁸¹⁾ ⁸²⁾.

Wo eine Vertragstrafe — und auch das sogenannte selbständige Strafversprechen ist mit den oben angegebenen Voraussetzungen eine solche⁸³⁾ — gegeben ist, da liegt im Verwirkungsfalle eine verwirkte Strafe vor. Dann ist aber § 343 Absatz 1 ebenfalls anwendbar, und § 343 Absatz 2 entbehrt der Existenzberechtigung, welche meist mit seiner Tendenz, eine Umgehung des Ermäßigungsrechtes zu verhindern, begründet wird⁸⁴⁾. Denn eine Umgehung ist bei richtiger Auslegung des Absatz 1 des § 343 da ausgeschlossen, wo eine „Strafe“ vorliegt. Liegt aber keine solche vor, sondern nur ein bedingtes Leistungsversprechen, dann ist selbst § 343 Absatz 2 unanwendbar, da auch er nur den Fall behandelt, daß „jemand eine Strafe verspricht“. Wenn also § 343 Absatz 2 eine Bedeutung hat, so kann es nur die sein, daß er der bis dahin in ihrer Existenz

bestrittenen Vertragstrafe ohne Verbindlichkeit, entsprechend der Forderung von Hartmann⁸⁵⁾, gesetzliche Anerkennung verschafft hat⁸⁶⁾. Damit stimmt eine Entscheidung des Oberlandesgerichtes Kiel⁸⁷⁾ überein, welche sagt: „Ein selbständiger Strafvertrag, d. h. das Versprechen einer Leistung für den Fall, daß der Versprechende etwas unterläßt, worauf kein unmittelbarer (!) Anspruch besteht, ist zulässig.“

Der Einwand, daß durch § 343 Absatz 2 die sogenannte selbständige Vertragstrafe nicht ins Bürgerliche Gesetzbuch eingeführt sein könne, weil diese Bestimmung ja nur das Ermäßigungsrecht auf jene ausdehne⁸⁸⁾ ist durch unsere obigen Ausführungen, wonach eine ausdrückliche Erstreckung der übrigen Vorschriften wegen der Wesensgleichheit beider Rechtsgebilde unnötig war, widerlegt. Die ausdrückliche Erwähnung des Ermäßigungsrechtes, die danach ja ebenfalls überflüssig war, hat nur deshalb einen Sinn, weil sozialpolitische Bestimmungen, wie das Ermäßigungsrecht, wegen ihrer Tendenz des Schutzes des Schwächeren und dem daraus folgenden zwingenden Charakter⁸⁹⁾, möglichst eng zu interpretieren sind und daher die Gefahr allzu wörtlicher Auslegung bestand, sodaß möglicherweise selbständige Strafversprechen dem Ermäßigungsrecht nicht unterstellt worden wären. Etwaige Zweifel in dieser Hinsicht, die angesichts der im gemeinen Recht herrschenden Frage der Zulässigkeit der selbständigen Strafabrede überhaupt nahelagen, hat jetzt Absatz 2 des § 343 beseitigt.

§ 6 (Fortsetzung).

Die Möglichkeit analoger Ausdehnung der für die sogenannte akzessorische Vertragstrafe geltenden Bestimmungen auf die sogenannten selbständigen Strafversprechen ist fraglich bezüglich der Vorschrift des § 344 B.G.B., wenn man den Wortlaut von § 343 Absatz 2 mit dem des § 344 vergleicht. Dort ist von Versprechen einer Strafe, falls jemand eine Handlung vornimmt oder unterläßt, die Rede. Hier ist die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens einer Leistung getroffene Vereinbarung einer Strafe als unwirksam bezeichnet, wenn „das Gesetz das Versprechen der Leistung für unwirksam erklärt“. Nach dem Worte „Leistung“ zu schließen, die gemäß § 241 Ausfluß eines Schuldverhältnisses, also einer klagbaren und vollstreckbaren Verbindlichkeit ist, ist hier

zunächst eine solche Verbindlichkeit zu denken. Da aber der Begriff der Leistung allgemeiner Natur ist und nicht nur eine Beziehung auf eine Verbindlichkeit andeutet, so wäre auch die Möglichkeit gegeben, den Worten „Versprechen einer Leistung“ auch die Worte „oder einer Handlung oder Unterlassung“ aus § 343 Absatz 2 zu substituieren, wie Planck⁹⁰⁾, Fischer-Henle meinen, welche so den § 344 auch auf die sogenannte selbständige Strafabrede Anwendung finden lassen. Jedoch ist diese direkte Ausdehnung des § 344 meines Erachtens nicht gerechtfertigt⁹¹⁾. Ihr widerspricht geradezu der Wortlaut desselben.

Ungültig sind nach § 344 nur die Vertragstrafen, deren Fundament das Gesetz für unwirksam erklärt; darunter fallen diejenigen Leistungsversprechen, deren völlige Ungültigkeit eine Gesetzesvorschrift ausdrücklich erklärt⁹²⁾, so, wenn das Gesetz ausspricht: Durch Spiel oder Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet (§ 762); nicht aber diejenigen, welchen nur ein Teil der Wirksamkeit, die Klagbarkeit oder Vollstreckbarkeit, abgesprochen ist. Daher war § 1297 Absatz 2 B.G.B. durchaus nicht überflüssig⁹³⁾. Dem Heiratsversprechen fehlt nur die Klagbarkeit, im übrigen ist es wirksam. Eine zu seiner Sicherung versprochene Strafe wäre daher nicht unter § 344 gefallen; damit nicht die untersagte direkte Erzwingbarkeit durch das indirekte Zwangsmittel der Strafe ersetzt würde, war das ausdrückliche Verbot des Absatzes 2 nötig. So ist diese Bestimmung auch ein *argumentum e contrario* für unsere Ansicht von der Bedeutung des § 344⁹⁴⁾.

Im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag ist die Vollstreckbarkeit durch gerichtliche Zwangsmittel ausdrücklich ausgeschlossen (§ 888 Z.P.O.); diesen Ansprüchen fehlt also ein wesentliches Merkmal des Schuldverhältnisses; sie sind in dieser einen Beziehung unwirksam; ihrer indirekten Erzwingung durch Vertragstrafe steht aber nichts im Wege. Auch von diesen kann man nicht sagen, das Gesetz erkläre sie für unwirksam.

Somit ergibt sich, daß nur totale Unwirksamkeit des Strafgrundaments die Unwirksamkeit der Strafe nach sich zieht. Die Bedeutung des § 344 liegt eben darin: er will verhüten, daß Verbots-gesetze wie Formvorschriften oder allgemeine Normen wie §§ 134, 138 durch Strafabreden umgangen werden.

Unter die Vorschrift des § 344 fallen daher nicht bloß die sozialen und moralischen Verpflichtungen; diese können, wie auch aus § 1297 zu schließen, durch Vertragstrafen indirekt erzwingbar gemacht werden⁹⁵). Die Unwirksamkeit derselben beruht nicht auf einer positiven Erklärung des Gesetzes, sondern auf einem Mangel der Legaldisposition. Das Gesetz läßt sie überhaupt unbeachtet, es steht ihnen nicht mißbilligend, wohl aber gleichgültig gegenüber.

Ebensowenig wie hier liegt eine Unwirksamkeit auf Grund des Gesetzes vor, wo die Parteien von der an sich erlaubten — aber im besonderen Fall wegen Undurchführbarkeit unpraktischen — Möglichkeit, eine wirksame Hauptverbindlichkeit zu begründen, absehen und sich mit dem bloßen Strafversprechen begnügen. Die Unwirksamkeit des Straffundaments beruht dann auf der Parteidisposition⁹⁶).

Trotz Unwirksamkeit der Hauptvereinbarung kann die Vertragsstrafe wirksam sein:

Wenn die Parteien für eine anfänglich wegen eines persönlichen oder sachlichen Mangels, etwa wegen Geschäftsunfähigkeit eines Kontrahenten, unwirksame Hauptvereinbarung nach Wegfall des Hindernisses ohne Bestätigung derselben eine Strafe vereinbaren oder für eine wegen Nichtbeachtung einer Formvorschrift nichtige Abrede unter Beobachtung der für die unwirksame Hauptvereinbarung vorgeschriebenen Form nur eine Strafe verabreden⁹⁷), anstatt, daß sie die unwirksame Hauptvereinbarung direkt bestätigen⁹⁸). Die Parteien kennen die Unwirksamkeit der Hauptvereinbarung; diese ist durch Hinzufügung der Strafabrede nach Wegfall des Hindernisses oder unter Einhaltung der Form bei der Strafabrede, keineswegs geheilt; die Unwirksamkeit beruht hier auf der Privatisposition der Parteien, welche die Bestätigung der Hauptvereinbarung nicht wollen. Trotz der Kenntnis der Parteien von der Unwirksamkeit der Hauptverpflichtung muß aber die hinzugefügte Vertragsstrafe als wirksam erachtet werden, weil den Parteien die Umgehungsabsicht fehlt.

Aus den bisherigen Ausführungen folgt, daß § 344 auf die sogenannten selbständigen Vertragstrafen direkt anwendbar ist.

Eine analoge Anwendbarkeit aber wäre nur in dem Falle denkbar, daß die unverbindlich versprochene Handlung oder Unterlassung gegen zwingendes Gesetz oder gegen die guten Sitten ver-

stößt. Bei ersterer Voraussetzung wird meist Umgehung einer unwirksamen Verpflichtung bezweckt sein, sodaß § 344 direkt Anwendung findet; bei letzterer läßt sich nur nach der Lage des Einzelfalles bestimmen, ob die Vereinbarung einer Vertragsstrafe zur indirekten Erzwingung des Versprechens erlaubt ist⁹⁹⁾.

Bei der Verwirkungsklausel läßt sich ebenfalls ein akzessorischer Charakter im Sinne einer innerlichen Abhängigkeit derselben von einem andern Rechtsverhältnis feststellen. Schon in der Einleitung wurde bemerkt, daß das Wesen der Verwirkungsklausel in ihrer Nebenvertragsnatur liegt. Keine Verwirkungsklausel ist denkbar ohne ein wirksames Rechtsverhältnis, einen Hauptvertrag, der verwirkbare Rechte erzeugt. Selbstverständlich ist dies insbesondere bei der als Rücktrittsrecht gestalteten Klausel. Denn nur von einem wirksamen Vertrag kann man zurücktreten.

Abgesehen von dieser essentiellen, notwendigen Akzessorietät der Verwirkungsklausel an sich können wir noch eine besondere, akzidentale bei den vertragstrafähnlichen Verwirkungsklauseln feststellen; denn dort wird sie wie bei der Vertragsstrafe selbst bedeutsam wegen der Frage nach den Verfallsvoraussetzungen, nämlich ob die Grundsätze der Bedingung oder die der Vertragsstrafe gelten.

Analog den beiden oben festgestellten Arten der Vertragsstrafe können wir auch eine selbständige und eine akzessorische Art bei der Verwirkungsklausel mit Vertragstrafcharakter unterscheiden:

Rein äußerlich betrachtet, sind beide Arten bedingte Verträge, aber die Art der Bedingung ist materiell verschieden. Die akzessorische Verwirkungsklausel wirkt bei Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, die selbständige bei einem nicht in obligatione befindlichen, den Intentionen der Parteien entgegengesetzten Verhalten einer derselben. Die gemäß § 360 B.G.B. gestaltete Verwirkungsklausel ist in diesem Sinne akzessorisch; denn das Rücktrittsrecht entsteht, „wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt“.

Für erstere Art gibt ferner die Lohnverwirkung ein Beispiel, bei welcher der Arbeitnehmer seinen Lohn wegen Verletzung von Vertragspflichten einbüßt, für den zweiten Fall die gebräuchlichen Klauseln des Versicherungsrechtes, bei denen das Versicherungsvertragsgesetz von „Obliegenheiten“ spricht. Bei jenen Klauseln

ist ein direkt erzwingbarer Anspruch auf eine Leistung gegeben, bei diesen nur eine Rechtspflicht im weiteren Sinn, ohne Erzwingbarkeit, wie z. B. die „Anzeige-, Rettungs- und Schadenminderungspflicht“ in Versicherungsverträgen, welche das Versicherungsvertragsgesetz unter dem Begriff „Obliegenheiten“ zusammenfaßt. Der Versicherungsnehmer schuldet dem Versicherer die betreffende Tätigkeit, ohne daß dieser eine Leistungs- oder Unterlassungsklage oder Ersatzansprüche wegen Unterlassung erheben könnte. (Gierke¹⁰⁰) erklärt diese Verhaltensmaßregeln, welche im Rahmen des Versicherungsvertrages dem Versicherungsnehmer vorgeschrieben sind, teils als Verbindlichkeiten, ausnahmsweise auch als Bedingungen. Das Reichsgericht hat sie in bisheriger Rechtsprechung als Bedingungen oder Voraussetzungen des Versicherungsanspruches betrachtet¹⁰¹). Der Unterschied ist wichtig wegen der Frage nach der Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden (§ 278 B.G.B.), insbesondere für Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen.

Keine Pflicht, sondern reine Bedingung liegt vor, wo das Verhalten eines Dritten, der von der Vertragspartei unabhängig ist (z. B. bei Doppelversicherung) oder ein objektives Ereignis ausschlaggebend für den Verwirkungsfall ist. In solchen Fällen fehlt jede Rechtspflicht des von der Verwirkung Bedrohten; die Verwirkung müßte also wie eine Bedingung im Augenblick der objektiven Erfüllung des Verwirkungstatbestandes eintreten, also nicht wie bei den Vertragstrafen nur bei Verschulden. Allein das Versicherungsvertragsgesetz hat in der allgemeinen Bestimmung des § 6, wie in sonstigen Einzelvorschriften (z. B. § 16 V.V.G.: Unterlassen der Anzeige von Umständen, welche für die Übernahme der Gefahr erheblich sind, § 23: Erhöhung der Gefahr ohne Einwilligung des Versicherers, § 28: Nichtanzeige der (objektiv eingetretenen) Gefahrerhöhung, § 33: Nichtanzeige des Versicherungsfalles, § 34: Unterlassung der Auskunfterteilung, § 39: Nichtzahlung der Prämie (Verzug!), § 62: Rettungs- und Schadenminderungspflicht, § 71: Nichtanzeige der Veräußerung), dem Versicherungsnehmer eine Exkulpationsmöglichkeit gewährt; daher ist auch in solchem Falle Verschulden Voraussetzung des Versicherungsverlustes.

Wegen dieser Sonderbestimmung ist die Unterscheidung von sogenannter selbständiger und sogenannter akzessorischer Verwirkung

bei der Versicherung ihrer Hauptbedeutung entkleidet. Denn gerade die Frage nach dem Verschulden als Voraussetzung des Verfalles, welche bei der Vertragsstrafe jene Unterscheidung veranlaßte, ist durch diese Bestimmungen des Versicherungsvertragsgesetzes hier ausgeschaltet. Und auch die Verwirkungsklauseln, welche im übrigen nur nach der Weise der Bedingungen wirken, setzen ein schuldhaftes Tun oder Nichttun voraus.

Die Unterscheidung der Verwirkungsklauseln in akzessorische und selbständige nach Vorbild der positiven Vertragsstrafe hat also allgemein nur noch praktisches Interesse für sonstige Verwirkungsfälle außerhalb des Versicherungsrechtes. Wo hier die, oben bei der Vertragsstrafe aufgestellten Kriterien unmittelbares Interesse des Begünstigten an dem ausschlaggebenden Verhalten und andererseits eine Pflicht des von der Verwirkung Bedrohten vorliegen, da müssen auch die Vorschriften über die Vertragsstrafe Anwendung finden, in Bezug auf Verfallsvoraussetzungen wie Folgen.

Nur die Frage der Anwendbarkeit des Ermäßigungsrechtes bleibt auch bei der Versicherungsverwirkung. Doch ist diese Frage keine Frage mehr angesichts der ausdrücklichen Vorschrift des § 343 Absatz 2 B.G.B., oder doch nur da, wo die Verwirkung der Versicherung weder an eine Verbindlichkeit des Versicherungsnehmers noch an eine andere Handlung oder Unterlassung desselben geknüpft ist, also von alledem losgelöst ist und nur beim Eintritt eines objektiven Umstandes existent wird, z. B. bei Doppelversicherung oder Schadenverursachung durch dritte Personen. Entsprechend den Parteiintentionen kann diese an sich nur objektiv eintretende Verwirkung wie eine „Strafe“ der Aufrechterhaltung des Versicherungsvertrages dienen. Die Zwangsmittelfunktion gegenüber dem Versicherungsnehmer kann sich daraus ergeben, daß dieser durch die Vorstellung des drohenden Nachteils infolge der Einbuße des Versicherungsanspruches dafür mitinteressiert wird, daß der Schaden — zum Vorteil des Versicherers — nicht eintrete. Die Verwirkungsabrede ist ein kräftiger Antrieb für den Versicherungsnehmer, jede sonst gar nicht einmal nachweisbare oder anrechenbare Nachlässigkeit bei Anstellung oder Beaufsichtigung seiner Bediensteten zu vermeiden oder alle mit der versandten Ware etwa in Berührung kommenden Spediteure oder Lagerhalter durch Mitteilung der Klausel vom Abschluß einer Doppelversicherung abzuhalten¹⁰²⁾.

Das Ermäßigungsrecht des § 343, II ist aber da naturgemäß ausgeschlossen, wo die Versicherungsverwirkung, d. h. der Verwirkungsgegenstand, sei es die gezahlte Prämie oder die noch ausstehende Versicherungssumme, nicht als Schadenäquivalent wegen unterbliebener Schulderrückzahlung, sondern zu anderem¹⁰³⁾ Zwecke verfällt. So dienen bei der rüchtrittartigen Verwirkung mit Verlust der bisherigen Prämienzahlungen die letzteren als Entgelt für die bisher vom Versicherer übernommene Haftung, als Gegenleistung für dessen Leistung, sind also Erfüllungseleistungen. Ermäßigung ist aber möglich in den Fällen des „Freiseins von der Leistung“, wo der Vertrag an sich bestehen bleibt und nur der Anspruch auf die Versicherungssumme als Entschädigung für Nichterfüllung des Vertrages verloren geht.

§ 7.

Gegenstand.

Mit der Frage nach der akzessorischen Natur der Verwirkungsklausel hängt diejenige nach dem Gegenstand oder Inhalt von Haupt- und Nebenabrede aufs engste zusammen. Dabei ist zweckmäßig, wieder von der Vertragsestrafe auszugehen. Zum Teil sind die hier sich ergebenden Zweifel schon im vorigen Abschnitt erörtert, so, ob eine gültige, klagbare Verbindlichkeit als Straffundament erfordert wird, zum Teil steht die Erörterung noch aus.

Nur rein theoretisches Interesse darf die Frage beanspruchen, ob nur ein Vertrag oder ob auch eine sonstige Verbindlichkeit Gegenstand der (technischen) Vertragsestrafe sein kann. Absurd wäre es, aus dem Wort „Vertragsestrafe“ das erstere zu schließen. Dieser Ausdruck gibt vielmehr nur Auskunft über die Entstehung der Strafe durch vertragsemäßige Abrede¹⁰⁴⁾, läßt aber keinen Schluß zu auf einen vorausgesetzten Vertrag als Straffundament. So bestätigen auch die Motive¹⁰⁵⁾ die selbstverständliche Tatsache, daß eine Vertragsestrafe auch für Erfüllung einer gesetzlichen oder Deliktsobligation oder einer dinglichen Verpflichtung versprochen werden kann.

Weniger unbestritten ist eine andere, noch aus der Zeit des früheren Rechts herrührende Streitfrage, nämlich, ob der zu sichernde Anspruch vermögensrechtlichen Charakter haben muß¹⁰⁶⁾. Ohne weitere Erörterung, welche den Rahmen dieser Arbeit überschreiten

würde, halte ich im Einklang mit der herrschenden Meinung und den Motiven zum B.G.B.¹⁰⁷⁾ für das Schuldverhältnis eine Beziehung auf das Vermögen nicht für notwendig¹⁰⁸⁾. Jedenfalls für das Gebiet der Vertragsstrafe folgt die Richtigkeit unserer Ansicht mit argumentum e contrario aus § 253 B.G.B. Aus §§ 241 mit 253 folgt nicht, daß zu einer gültigen Vertragsobligation ein vermögenswertes Interesse notwendig¹⁰⁹⁾ ist, sondern nur, daß eine Obligation ohne Vermögensinteresse keinen unmittelbaren gesetzlichen Schadenersatzanspruch für den Fall der Nichterfüllung erzeugen kann¹¹⁰⁾, außer in den beiden im Bürgerlichen Gesetzbuch gesetzlich bestimmten Fällen §§ 847 und 1300 B.G.B. Damit ist aber gerade der Vertragsstrafe, wegen ihrer Schadenersatzfunktion, ein großes Anwendungsgebiet eröffnet. Es ergibt sich, daß sie als indirekter Ersatz ideellen Schadens dienen kann, sodaß auch nicht vermögensrechtliche Leistungen das Fundament einer Vertragsstrafe bilden können. Sollte aber eine Forderung auf Leistungen ohne Vermögenswert unwirksam — § 344 betrifft diese Fälle nicht — sein, so könnte durch Konversion (§ 140) die Vereinbarung einer Strafe für jene Leistung als Strafversprechen für Unterbleiben einer nicht verbindlich geschuldeten Leistung (§ 343. II) aufrechterhalten werden¹¹¹⁾, allerdings nur, wenn lediglich der mangelnde Vermögenswert den Grund der Unwirksamkeit bildet.

Für die Strafabrede ist durch das Gesetz selbst ausgesprochen, daß nicht nur eine Vermögensleistung (§ 339), sondern auch eine andere Leistung (§ 342) als Strafe dienen kann. Es ist also auch Strafdienst möglich, und irgend eine Tätigkeit, für welche ein schutzwürdiges Interesse¹¹²⁾ geltend gemacht werden kann. Wenn behauptet wird, der Gegenstand der Hauptleistung müsse geschäftsmäßig sein¹¹³⁾, so ist das zu eng.

Es können auch unter Umständen bloß soziale Verpflichtungen durch Vertragsstrafe gesichert werden, wie Enthaltung vom Alkoholgenuß, Nichtrauchen¹¹⁴⁾. Die Einwendung, daß sie die persönliche Freiheit einengten und deshalb unsittlich seien, wird widerlegt durch die im Interesse der Allgemeinheit erlassenen polizeilichen Verbote, z. B. Rauchverbote in Eisenbahn und Theater, oder Alkoholverbote. Was dort die Rechtsordnung im allgemeinen Interesse unter Strafschutz stellt, das kann hier die Privatdisposition der Parteien im Interesse eines einzelnen, ja sogar des „Schuldners“ selbst (eben

wegen der Art der Schuld) durch die Privatstrafe, die Vertragstrafe sichern. Nur darf es sich dabei nicht um eine verkappte Wette handeln, bei der der gewinnenden Partei in erster Linie an dem Verfall der bedungenen Strafe gelegen ist. Die Vertragstrafe kann auch in einer Leistung an einen Dritten bestehen. Meist wird dann ein Vertrag zugunsten eines Dritten vorliegen, aber ohne daß dieser einen unmittelbaren, eigenen Anspruch auf die Strafe hätte. § 134 b Nr. 5 Gew.O. legt so dem Arbeitgeber nahe, die Lohnverwirkung nicht zu seinen eigenen Gunsten, sondern zu einem anderen Zweck, zugunsten einer Betriebswohlfahrtseinrichtung, auszubedingen. In diesem Falle fehlt aber der Strafe die Ersatzfunktion.

Die Vertragstrafe kann im allgemeinen wegen dieses Zweckes niemals in Freiheitsentziehung oder in einer Zahlung an die Staatskasse bestehen. Speziell verbietet dies § 888 Z.P.O. für die Nichtleistung von Diensten, indem er bestimmt, daß der zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag Verpflichtete hiezu durch Geldstrafe oder Haft nicht angehalten werden könne. Hieraus folgt, daß diese nur indirekt durch Vereinbarung einer (sonstigen) Vertragstrafe erzwingbar gemacht werden können.

Nach diesen allgemeinen Erwägungen ist noch die positive Vorschrift über den Inhalt von durch Vertragstrafe zu sichernden Verbindlichkeiten, welche das Bürgerliche Gesetzbuch in § 344 enthält, zu erörtern. Danach ist, wenn das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam erklärt, auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam.

Über die Bedeutung dieser Vorschrift hinsichtlich der Frage der akzessorischen Natur wurde schon gehandelt. Im einzelnen sind unter den unwirksamen Versprechen einer Leistung zu verstehen diejenigen, welche wegen Verstoß gegen eine gesetzliche Formvorschrift (§§ 311, 313) nichtig sind (§ 125), oder welche einem materiellen Verbot zuwiderlaufen (§§ 134, 138). Ist die versprochene Leistung unmöglich, so ist das Versprechen der Leistung nichtig (§ 306), mithin auch das Strafversprechen (§ 344). Wegen der ausdrücklichen Bestimmung dieses Paragraphen ist eine Konversion unmöglich.

Ursprünglich umfaßte jene Vorschrift namentlich auch die Fälle der Anfechtbarkeit der Hauptverbindlichkeit. (§ 424 des

Entwurfes I.) Die Kommission veranlaßte aber die Streichung dieser Bestimmungen als überflüssig. Ist das als Straffundament dienende Versprechen allein anfechtbar und wird es angefochten, so wird es unwirksam (§ 142. I); damit aber auch nach § 344 die Strafabrede. Unterbleibt aber die Anfechtung bis zum Verwirkungsfalle, so steht dem Anspruch auf die Vertragstrafe nichts entgegen. Ist sowohl Hauptversprechen wie Strafabrede anfechtbar, so kann diese Anfechtbarkeit noch nach Eintritt des Verfalls der Strafe geltend gemacht werden, vorausgesetzt die Erfordernisse der §§ 121 und 124. Haben die Parteien die Anfechtbarkeit der Hauptverpflichtung gekannt und sie trotzdem durch Strafversprechen bekräftigt, so ist in der Regel aus dieser (nachträglichen) Sicherung zu schließen, daß auf die Anfechtbarkeit verzichtet werden wollte (§ 144).

Ist die Strafabrede allein unwirksam, etwa wegen Verstosses gegen das Gesetz — z. B. die Strafe besteht in einer unmöglichen Leistung — oder gegen die guten Sitten, so folgt hieraus nicht auch die Unwirksamkeit des Straffundamentes; fraglich ist, ob § 139 hier Anwendung zu finden hat¹¹⁵⁾; denn es erscheint zweifelhaft, ob Strafabrede und Hauptversprechen ein einziges Rechtsgeschäft bilden.

Rechtsgeschäft ist die Gesamtheit der Willenserklärungen, welche einen bestimmten rechtlichen Erfolg herbeiführen sollen, also hier die Versprechen und Annahmeerklärungen beider Vertragsparteien. Schmidt¹¹⁶⁾ verwechselt die Begriffe Rechtsgeschäft und Rechtsverhältnis. Hauptversprechen und Strafabrede bilden zusammen eine Einheit, lassen aber jedes für sich ein besonderes Rechtsverhältnis entstehen, zunächst das auf Erfüllung der Hauptverpflichtung, weiterhin das auf Leistung der Strafe, wenn sie gleichzeitig abgeschlossen werden. Erfolgt die Strafvereinbarung später — was an sich selbstverständlich möglich, aber nur selten praktisch werden wird, da der Schuldner (einer bestehenden Verbindlichkeit) sich nur unter besonderen Zugeständnissen zu einer nachträglichen Verschlechterung seiner Lage bereit finden lassen wird — so liegt eben ein weiteres selbständiges Rechtsgeschäft vor. In der Regel wird also die Anwendbarkeit des § 139 B.G.B. gegeben und zu vermuten sein, daß die Parteien wenigstens das Minus, die unverstärkte Verpflichtung aufrechterhalten wissen wollen.

Gerade dieses Willensmoment veranlaßte beim Gegenstück zum vorigen Fall, wenn nicht das Strafversprechen, sondern das

Hauptversprechen nichtig ist, die Einführung der Vorschrift des § 344 B.G.B. Sonst würde eine Vertragsstrafe für eine nichtige Hauptverpflichtung stets als wirksam betrachtet werden können und so die Umgehung unwirksamer Verpflichtungen durch Strafabreden ermöglicht sein. § 344 schließt also für solche Fälle die Anwendbarkeit des § 139 zwingend aus. Es trifft außerdem die Fälle, daß die Parteien in der Absicht eines *agere in fraudem legis* eine unwirksame Hauptverpflichtung überhaupt unterlassen und sich mit der bloßen Strafabrede begnügen, auf welchen Fall § 139 nicht zuträfe.

Für die Verwirkungsklausel gilt im allgemeinen das gleiche wie für die Vertragsstrafe. Gegenstand der Verwirkungsklausel selbst kann jedes verwirkbare Recht sein, ohne Rücksicht auf etwaigen Vermögenswert. So findet sich z. B. häufig auf den Scheckformularen von Banken der Aufdruck: „Schecks, auf denen die Überbringungsklausel durchstrichen ist, werden nicht eingelöst“. Durch diese Verwirkungsklausel, welche der Scheckaussteller durch stillschweigende Entgegennahme des Scheckbuches eingeht, will sich die Bank vor der Verpflichtung sichern, die Legitimationsprüfung des Scheckvorzeigers vorzunehmen. Die Verwirkung besteht juristisch darin, daß der Scheckkunde auf das Einlösungsrecht, das er auf Grund des Scheckvertrages gegen die Bank hat, bedingt verzichtet, falls die Worte „oder Überbringer“ durchstrichen sind. So kann die Verwirkung als besondere Leistung, als Vertragsstrafe betrachtet werden; doch ergeben sich hieraus keine praktischen Folgen, da die Verwirkung hier nicht Interessesersatz, sondern nur Zwangsmittel ist, daher vom Ermäßigungsrecht des § 343 keine Rede sein kann. Außerdem ist die Leistung rein juristisch absolut bestimmt, nicht abschätzbar und herabsetzbar.

Soll die Verwirkungsklausel nicht gegenstandslos sein, so muß der ihr zugrunde liegende Vertrag wirksam sein und Rechte erzeugen, die verwirkt werden können. Geht z. B. der Vertrag auf eine unmögliche Leistung, so kann der Schuldner keine Rechte erwerben, also auch keine verwirken. Die Verwirkungsklausel an sich wird aber durch Unwirksamkeit des Hauptvertrags nicht berührt: sie kann zu Recht bestehen, ist aber gegenstandslos geworden. Andererseits hat etwaige Unwirksamkeit der Verwirkungsklausel keinen Einfluß auf den Hauptvertrag. So zeigt die Verwirkungsklausel gegenüber der Vertragsstrafe eine größere Selbständigkeit, selbst dann, wenn

Klausel und Hauptvertrag in einem einzigen Rechtsgeschäft enthalten sind. Im Zweifel ist dann anzunehmen, daß die Hauptverpflichtung in ihrem Bestande nicht berührt wird (§ 139).

Nur für wenige Verwirkungsklauseln gilt § 344, nämlich nur für die, welche als Vertragstrafen anzusehen sind, also einmal für den Fall des Rücktrittsrechts mit Anzahlungsverlust (siehe oben) und dann für den Fall der Lohnverwirkung und gleichartige Fälle, wo die besondere Leistung rein juristisch, immateriell ist. In diesen Fällen zieht die Unwirksamkeit des Hauptvertrages die der Vertragsklausel nach sich. So ist die Vereinbarung, daß der Arbeiter seinen Lohn verwirken soll bei Aufkündigung vor der festgesetzten Zeit, ungültig, falls das Kündigungsabkommen infolge der vom Gesetz abweichenden ungleichen Frist nichtig ist¹¹⁷).

§ 8.

Form.

Die Form, in welcher eine Vertragstrafe bedungen werden kann, ist, wie der Name schon sagt, der Vertrag. Dies gilt auch für die selbständigen Strafversprechen des § 343, II. Zwar gebraucht das Gesetz dort den Ausdruck „Versprechen“. Dieses deutet aber, wie die Motive¹¹⁸) bemerken, nur die eine Seite des Rechtsverhältnisses an. Da im Abschnitt über die Vertragstrafe keine besondere Vorschrift über die Art und Weise, eine Vertragstrafe auszubedingen, enthalten ist, so gilt § 305 B.G.B.: „Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft . . . ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.“ Mit Rücksicht auf diese Bestimmung ist wenigstens eine stillschweigende Annahme des Strafversprechens von seite des begünstigten Teiles erforderlich (§ 151 B.G.B.).

Auch bei derjenigen Verwirkungsklausel, welche als Vertragstrafe zu erachten ist, muß eine vertragsmäßige Errichtung gefordert werden. Bei der als Rücktrittsrecht gestalteten ist dies jedenfalls gegeben, weil Rücktritt nur bei Vertrag denkbar ist. Es genügt nicht einseitiges Versprechen, etwa durch Ausstellung eines Inhaberpapieres. Im übrigen kann eine Verwirkungsklausel auch durch einseitige Erklärung allein begründet werden, denn die Verwirkung geht nicht auf Erzeugung eines Schuldverhältnisses, sondern auf Verlust eines Rechtes.

Der Vertrag selbst ist an keine Form gebunden. Nur wenn eine Verpflichtung gesichert werden soll, welche an sich nur unter Beobachtung einer bestimmten Form begründet werden kann, z. B. ein Grundstücksveräußerungsvertrag (§ 313), muß auch die Vertragsstrafe jene Formvorschrift einhalten. Für die sogenannten selbstständigen Strafversprechen gilt nach § 780 B.G.B. das Erfordernis der Schriftlichkeit¹¹⁹⁾. Der Vertrag kommt hier durch Entgegennahme des schriftlichen Versprechens durch den Gläubiger zustande. Durch einseitigen Akt kann also niemals eine Vertragsstrafe begründet werden. Wenn der Erblasser dem Erben oder Vermächtnisnehmer als Strafe einen teilweisen Verlust am Nachlaß androht, falls er etwas tut, was ihm der Erblasser verbietet, so ist das zwar eine Zwangstrafe, aber keine Vertragsstrafe: es fehlt vor allem das Interesse-Ersatzmoment. Dann ist eine Vertragsstrafe nur unter Lebenden möglich; sie setzt eine Schuld voraus, deren Subjekt nur ein Lebender sein kann. Die Bestimmungen über die Vertragsstrafe im allgemeinen können in solchem Fall also nicht angewendet werden, wohl aber analog das Ermäßigungsrecht, denn es wird in manchen solchen Fällen nur der Billigkeit entsprechen, wenn der angedrohte Verlust dem Verschulden des Bestraften angemessen würde^{120) 121)}.

Dem Vertragserfordernis entspricht es auch, wenn eine Aktiengesellschaft (§§ 211, 218 H.G.B.) oder Genossenschaft für ihre Mitglieder durch das Statut Strafen für bestimmtes Verhalten festsetzt¹²²⁾. Die Beitrittserklärung bzw. die Aktienzeichnung ersetzt jedenfalls das Strafversprechen. Auch die Ausbedingung durch Aufstellung einer Arbeitsordnung gehört hierher. Diese ist nach richtiger Ansicht¹²³⁾ ein vom Arbeitgeber aufgestellter Vertragsentwurf, welcher dadurch rechtsverbindliche Kraft erlangt, daß der Arbeitnehmer sich ausdrücklich oder stillschweigend bei seinem Eintritt in die Beschäftigung damit einverstanden erklärt.

§ 9.

Die materiellen Voraussetzungen des Verfalls.

Vom Verfall der Vertragsstrafe kann erst dann die Rede sein, wenn der Gläubiger berechtigt ist, auf sie zu klagen, der Schuldner zu ihrer Leistung verpflichtet ist. Aus dem von uns festgestellten allgemeinen akzessorischen Charakter der Vertragsstrafe folgt, daß dies dann der Fall ist, wenn die Hauptleistung fällig und trotzdem

nicht geleistet ist. § 339 B.G.B. setzt zum Verfall der Vertragsstrafe aber noch ein Mehr voraus, Verzug des Schuldners, also eine schuldhaftige Verzögerung der Leistung (§§ 284, 285). Es ist außer der Fälligkeit des Anspruches entweder eine Mahnung des Gläubigers oder eine bestimmte Leistungszeit erforderlich. Außerdem ist dem Schuldner selbst beim Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen die Möglichkeit der Entschuldigung gegeben, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat (§ 285). So wurde eine Vertragsstrafe für nicht rechtzeitiges Fertigstellen von Arbeiten für nicht verwirkt erklärt, weil die Verzögerung darin ihren Grund hatte, daß der Unternehmer den von seinen Innungs-genossen zur Bekämpfung eines Arbeiterstreiks beschlossenen Maßregeln beigetreten ist¹²⁴). Hier also beruhte die Nichtleistung auf dem freien, allerdings durch den Innungsbeschluß gebundenen Willen des Schuldners.

Bei positiven Hauptverpflichtungen kann unter Umständen nach der Absicht der Parteien eine andere Regelung Platz greifen; die Bestimmung des § 339 ist nur dispositiv¹²⁵). Die Verwirkung der Vertragsstrafe für Nichterfüllung einer positiven Leistungspflicht kann daher auch ohne Verschulden des Leistungspflichtigen eintreten. Wenn der Fahrgast der Eisenbahn, der bereits eine Fahrkarte gelöst hat, diese dem Kontrolleur nicht vorzeigen kann, hat er eine andere zu lösen. Er hat etwa die erste verloren. Er kann die vertragliche Nebenverpflichtung¹²⁶), das Billett vorzuzeigen, nicht erfüllen und hat mit dem Eintritt dieser objektiven Voraussetzung die Strafe verwirkt¹²⁷), ohne daß es auf ein Verschulden ankäme. Es ist hier wohl an eine Art Schuldpräsump tion zu denken.

Wenn der Vater eines Minderjährigen sich beim Abschluß eines Lehrvertrages verpflichtet, eine Strafe zu zahlen, wenn sein Sohn in ein Konkurrenzgeschäft eintritt¹²⁸), verfällt die Strafe ohne Verschulden des Versprechenden.

Der Vertragsstrafschuldner hat auch für Verschulden seiner gesetzlichen Vertreter und Erfüllungsgehilfen zu haften¹²⁹) (§ 278)¹³⁰). Beruht das Unterbleiben der Leistung des Schuldners auf einem Verhalten des Gläubigers, weil dieser etwa in Annahmeverzug ist (was naturgemäß bei Unterlassungsverbindlichkeiten ausgeschlossen ist), dann hat er keinen Anspruch auf die Strafe. Die Nichtleistung kann dann nicht auf Verschulden des Schuldners zurückgeführt

werden. Wenn der Gläubiger den Verfall der Strafe wider Treu und Glauben herbeiführt, dann gilt die Strafe als nicht verfallen (§ 162 B.G.B.)¹³¹⁾. Der Verfall der Strafe tritt ferner nicht ein, wenn die Leistung des Schuldners infolge eines Umstandes nachträglich unmöglich gemacht worden ist, den er nicht zu vertreten hat. Er wird von der Hauptverbindlichkeit frei (§ 275); daher entfällt auch die Strafe. Die dargestellten Grundsätze gelten auch für die sogenannten selbständigen Strafversprechen ohne Hauptverbindlichkeit. Verzug ist bei diesen unanwendbar, weil ja auf das versprochene Tun kein Anspruch besteht; aber Verschulden muß in der Regel gegeben sein.

Für die Vertragsstrafen auf Unterlassungsverbindlichkeiten bestimmt § 339 Satz 2:

„Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.“

Danach ist also Rücksicht auf mangelndes Verschulden ausgeschlossen, dem Schuldner jede Exkulpationsmöglichkeit genommen. Das folgt aus der Gegenüberstellung mit Satz 1: denn Verzug ist bei Unterlassungsverbindlichkeiten unmöglich¹³²⁾. Nur die eine Ausnahme gilt, daß nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung, die der Schuldner nicht zu vertreten hat, ihn von der Leistungs- und damit auch der Strafzahlungspflicht befreit (§ 275). Nachträgliche Unmöglichkeit, die vom Schuldner nicht zu vertreten ist, liegt vor, wenn der Schuldner zu dem durch die Strafabrede verpönten Verhalten durch eine entgegenstehende Rechtspflicht gezwungen ist, wenn die Übertretung der Unterlassungsverbindlichkeit entweder unmittelbar durch eine gesetzliche Vorschrift geboten ist oder doch mittelbar als notwendige Konsequenz sich aus ihr ergibt¹³³⁾. (In der Regel wird es sich dabei um öffentlich-rechtliche Vorschriften handeln.) So, wenn der Vormund auf Grund des § 1793 zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung für den Mündel verpflichtet wird, obwohl er persönlich durch ein Konkurrenzverbot gebunden ist. Ähnliche Pflichtkollisionen können sich ergeben für Testamentsvollstrecker (§§ 2203, 2216), Konkurs- oder Nachlaßverwalter (§ 129 K.O.)¹³⁴⁾, wie auch, wenn Notwehr, Notstand, Amts-¹³⁵⁾¹³⁶⁾ oder Dienstpflichten den Schuldner zur Übertretung einer versprochenen Unterlassungspflicht veranlassen. Dies gilt auch von den selbständigen Strafversprechen für unverbindlich versprochene Unterlassungen. Sonst

wäre zwischen diesen und rein bedingten Versprechen kein Unterschied.

Die Vorschrift von Satz 2 des § 339 muß jedoch ebenfalls als dispositiv erachtet werden. Andernfalls läge bei Vertragstrafen für Unterlassungspflichten eine Garantieübernahme vor. Dies ist, wie Lehmann richtig bemerkt¹³⁷⁾, nur möglich, aber nicht das Normale. § 339 Satz 2 enthält also nur eine Auslegungsregel für den Fall, daß die Absicht der Parteien, ob sie Garantieübernahme bezweckten oder bei schuldhafter Nichtunterlassung die Strafe verfallen lassen wollen, nicht klar erkennbar ist. „Ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Schuldners oder der Leute, für die er die Haftung übernommen hat, tritt die Verwirkung ein, wenn besondere Umstände dazu berechtigen, das Strafversprechen als Garantieversprechen bezüglich des Unterbleibens der fraglichen Handlung auszulegen oder als ein rein durch die Vornahme der fraglichen Handlung bedingtes Zahlungsversprechen aufzufassen¹³⁸⁾.“

Wie bei der Vertragsstrafe ist auch bei der Verwirkungsklausel in erster Linie aus der Privatdisposition zu schließen, was Voraussetzung des Verfalls bildet¹³⁹⁾. Nach dem Wortlaut des § 360 allerdings kommt auf Verschulden oder Verzug des Schuldners nichts an. Dadurch unterscheidet sich diese sogenannte Verwirkungsklausel von dem gesetzlichen Rücktrittsrecht des § 326 B.G.B., welches erst bei Verzug des Schuldners und nach vorgängiger fruchtloser Fristsetzung ausgeübt werden kann. Da jedoch diese ganze Bestimmung, wie oben dargetan, dispositiv ist, so ist es Tatfrage, wann im einzelnen Fall die objektive Tatsache der Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit ausreicht oder Verzug erforderlich ist¹⁴⁰⁾. Letzteres wird regelmäßig dann anzunehmen sein, wenn sich die Verwirkungsklausel materiell und juristisch nach den oben angegebenen Kriterien als Vertragsstrafe darstellt, also wenn eine besondere Leistung gegeben ist. Dieselben Voraussetzungen gelten für die von der Gestaltung des § 360 gänzlich abweichenden dinglichen Verwirkungen, wie die Lohnverwirkung. § 134 Absatz 1 Gew.O. schreibt speziell für die Lohnverwirkung wegen Vertragsbruches, die wohl den Hauptanwendungsfall bildet, Verschulden („rechtswidrig“) ausdrücklich vor.

Für die Verwirkungsklauseln des Versicherungsrechtes sind diesbezügliche Streitfragen, wie schon bemerkt, von vornherein dadurch ausgeschaltet, daß § 6 des Gesetzes über den Versicherungs-

vertrag vom 30. Mai 1908 allgemein, andere Bestimmungen desselben, wie § 16 Absatz 1, § 34, § 38, für einzelne Fälle ausdrücklich Verschulden zum Eintritt der Verwirkung fordern und so dem Versicherungsnehmer gegenüber der Leistungsweigerung des Versicherers die Exkulpationsmöglichkeit gewähren¹⁴¹⁾.

Mit der Frage nach Verschulden hängt die weitere zusammen, ob der Gläubiger zur Mahnung des Schuldners verpflichtet ist. Die Frage ist für die Regel zu verneinen. Nur wo Verzug vorauszusetzen ist, muß, in Ermangelung einer bestimmten Leistungszeit, eine Mahnung erfolgen. Daß die Mahnung für den Gläubiger sogar nachteilig sei in den Fällen, wo die Verwirkung nach § 360 gestaltet ist, wie Thinius¹⁴²⁾ und Heuser annehmen, halte ich für unrichtig. Erfüllt der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht, so erwächst dem Gläubiger das Rücktrittsrecht. Er kann nun zwischen nachträglicher Erfüllung oder Geltendmachung des Rücktrittsrechtes wählen. Mahnt er den Schuldner, so kommt darin die Erklärung zum Ausdruck, er wünsche die Befriedigung aus dem Hauptvertrage. Mangels einer ausschließenden Bestimmung (wie in § 340 Absatz 1, Satz 2) verbleibt dem Gläubiger aber das *jus variandi*. Er kann noch nachträglich zurücktreten, falls Schuldner nicht auf die Mahnung hin erfüllt. Ein stillschweigender Verzicht kann deshalb nicht vorliegen, weil in dem Verlangen der Erfüllung nur eine einseitige Erklärung des Rücktrittsberechtigten liegt, der Verzicht auf ein Recht aber mangels besonderer Vorschriften nur vertragsmäßig erfolgen kann¹⁴³⁾ ¹⁴⁴⁾ ¹⁴⁵⁾.

Aus praktischen Gründen ist diesem auf juristischem Wege gewonnenen Ergebnis zuzustimmen. Angenommen, es wäre ja ein Verzicht gegeben; dann könnte der Gläubiger nur mehr Erfüllung verlangen; aber wenn der Schuldner nicht erfüllt, müßte § 326 Anwendung finden. Das Rücktrittsrecht — jetzt allerdings ein gesetzliches — würde auf Umwegen wieder eingeführt werden.

§ 10.

Die formellen Voraussetzungen des Verfalls.

Die Vertragsstrafe ist verwirkt, d. h. der Anspruch des Gläubigers bzw. des Versprechenempfängers beim selbständigen Strafversprechen auf die Strafleistung ist entstanden, sobald die materiellen Voraus-

setzungen eingetroffen sind, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt hat oder in Verzug gekommen ist bzw. beim selbständigen Strafversprechen das versprochene Tun oder Unterlassen nicht gewährt hat. Einer besonderen Geltendmachung in dem Sinn, daß der Strafgläubiger dem Schuldner gegenüber noch eine Willenserklärung abgeben müßte, bedarf es hier nicht.

So ist es auch bei der dinglich wirkenden Verwirkungsklausel, wie z. B. im Falle der Lohnverwirkung. Auch hier tritt der Rechtsverlust ipso jure ein, sobald die tatsächlichen Voraussetzungen, von denen im vorhergehenden Abschnitt die Rede war, erfüllt sind. Es bedarf keiner „Verwirkungserklärung“. Eine etwaige Erklärung des Gläubigers hat nur deklarative Bedeutung; sie stellt fest, daß die Verwirkung eingetreten ist, oder sie gibt Kunde, daß der Gläubiger von dem Vorteil Gebrauch machen wolle, den die ohne sein Zutun eingetretene Verwirkung ihm gewährt hat¹⁴⁶).

Ganz im Gegensatz hiezu stehen die Fälle der Verwirkungsklausel, welche als Rücktrittsrecht gestaltet sind, wie das qualifizierte Rücktrittsrecht des § 360, die *lex commissoria* beim Pfandverkauf (§ 1238) und ähnliche im Versicherungsrecht, die Verfallklausel in Miet- und Pachtverträgen.

Bei allen diesen tritt die Verwirkung, der Rechtsverlust des Schuldners erst ein, wenn zu den materiellen Voraussetzungen, der Nichterfüllung der versprochenen Leistungen noch die formelle einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Gläubigers hinzutritt. Solange nur die ersteren allein vorliegen, ist die Verwirkung noch in der Schwebe. Der Gläubiger hat die Möglichkeit zwischen ihr und der nachträglichen Erfüllung zu wählen. Will er die Verwirkung, so hat er dies ausdrücklich zu erklären mittels einer einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung (§ 349). Das ist die Konsequenz der Bestimmung des § 360: „ist der Gläubiger zum Rücktritt . . . berechtigt“.

Die Geltendmachung der Verwirkungsklausel bei Miete und Pacht wirkt wie eine fristlose Kündigung. Das Rechtsverhältnis wird zwar juristisch nach rückwärts aufgehoben, tatsächlich aber *ex nunc*, indem der gezahlte Zins dem Gläubiger als Gegenleistung für Nutzung des Miet- oder Pachtgegenstandes verbleibt, während dieser zurückgegeben wird¹⁴⁷). Jenes formelle Erfordernis schützt den

Vermieter davor, daß der Mieter durch Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten das Mietverhältnis zum Untergang bringe.

Die Verwirkungsklausel, welche beim Pfandverkauf obligatorisch ist, bedarf, wie die Angleichung der Vorschrift des § 1238 an den Wortlaut des § 360 zeigt, und wie aus den Worten des zweiten Absatzes: „wenn nicht . . . vom Vorbehalt der Rechtsverwirkung Gebrauch gemacht wird“ hervorgeht, ebenfalls der Geltendmachung im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung¹⁴⁸⁾. Die Rechtsverwirkung tritt nicht ipso jure in Wirksamkeit, wie bei der analogen Bestimmung in § 817, II Z.P.O.¹⁴⁹⁾, sie ist hier nicht die gesetzliche Folge des Unterbleibens der Barzahlung. Entrichtet der Käufer der Pfandsache entgegen der Verwirkungsklausel den Kaufpreis nicht sofort in bar, so muß „von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung Gebrauch gemacht werden“. Der Versteigerer oder der Pfandgläubiger wird dem Ersteher erklären, daß er den Verkauf rückgängig mache. Auf die Wahl der Worte kommt es nicht an; es genügt, daß aus der Erklärung der Wille hervorgeht, den Verkauf zu annullieren.

Besondere Erwähnung verdienen noch die Verwirkungen im Versicherungsrecht.

§ 16, I V.V.G. bestimmt, daß der Versicherer berechtigt ist, vom Vertrage zurückzutreten, wenn der Versicherungsnehmer schuldhafterweise unterlassen hat, Umstände anzuzeigen, die für die Übernahme der Versicherung erheblich sind. Dies ist einer von den wenigen Fällen, wo an eine Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers ein förmliches Rücktrittsrecht geknüpft ist. Spricht das Versicherungsvertragsgesetz: „Der Versicherer wird frei von der Leistung“, so tritt die Verwirkung des Anspruchs auf die Versicherungssumme (nur diese) — im übrigen bleibt der Vertrag bestehen — ipso jure ein. Da bedarf es keinerlei Erklärung gemäß § 130 B.G.B. Der Versicherer kann sich darauf beschränken, daß er seinerseits auf die Klage des Versicherungsnehmers entsprechende Einwendungen erhebt¹⁵⁰⁾. Freiwerden von der Leistung tritt mit dem Umstande, an den es geknüpft ist, von selbst ein und berechtigt zur Zurückforderung der etwa gezahlten Versicherungssumme als einer ungerechtfertigten Bereicherung des Versicherungsnehmers (§§ 812, 814 B.G.B.), wenn die befreiende Tatsache erst nach der Leistung entdeckt wurde.

Die Rücktrittserklärung des Gläubigers bedarf keiner besonderen Form und Worte¹⁵¹), noch einer Annahme von seiten des Gegners; sie muß ihm nur zugehen (§ 130 B.G.B.). Auch an Einhaltung einer Frist ist sie nicht gebunden. Doch ist § 355 B.G.B. entsprechend anzuwenden. Der Schuldner kann dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechtes setzen. Das Rücktrittsrecht erlischt, wenn nicht der Rücktritt vor dem Ablaufe der Frist erklärt wird. Der Gläubiger kann dann nur noch nachträgliche Erfüllung verlangen¹⁵²). Nach Abgabe der Rücktrittserklärung steht dem Gläubiger kein jus variandi zu. Einmal abgegeben, ist die Erklärung des Rücktrittes unwiderruflich, im Interesse des anderen Teils, welcher sich auf die Rücktrittserklärung muß verlassen können¹⁵³).

Eine besondere Art von Verwirkung mit eigenartiger Geltendmachung gibt das Gesetz den Parteien an die Hand in der sogenannten Kaduzierung der Aktie (§ 219 H.G.B.). Da sie eine gesetzliche Verwirkung ist, könnte sie nach dem Plan dieser Arbeit außer Betracht bleiben. Sie darf aber erwähnt werden, weil die Frage sich erhoben hat, ob sie nicht als Vertragsstrafe im Sinne von § 211, II und § 218, II H.G.B. im Statut der Aktiengesellschaft festgesetzt und so zur Verwirkungsklausel werden kann. Staub verneint mit Recht die Frage, weil die Kaduzierung eine besondere Leistung des Aktionärs vermissen lasse. Die Kaduzierung besteht in Hinsicht auf den rechtlichen Erfolg darin, daß der ausgeschlossene Gesellschafter seines Aktienrechtes, der Rechte aus den noch nicht fälligen Dividendenscheinen, ferner seiner bereits geleisteten Einzahlungen verlustig geht¹⁵⁴). Wenn man auch nicht die Aktienzeichnung unter Kenntnis des die Kaduzierungsandrohung enthaltenden Statuts als Versprechen des eventuellen Verzichts auf die Aktionärrechte — die Kaduzierung beruht letzten Endes auf fremdem Willen — und in dieser Duldung der Aberkennung des Rechts eine besondere Leistung erblicken will, so könnte man doch eine besondere Leistung in dem Verlust der bereits geleisteten Einzahlungen finden (analog wie beim qualifizierten Rücktrittsvorbehalt des § 360, siehe oben); doch scheitert dieser Konstruktionsversuch hier daran, daß die Einzahlungen in Erfüllung einer Verbindlichkeit geschehen. Diese Erfüllungsleistungen, welche nicht zurückgefordert werden können (§ 213) und das Aktienkapital

bilden, ändern im Falle der Kaduzierung nicht ihren Charakter, wie oben die Teilleistungen im Rücktrittsfalle. Dort verliert der Verwirkende wegen der besonderen Abrede die Anwartschaft auf die beim normalen Rücktritt zurückzugewährenden Teilleistungen; die Kaduzierung ist aber kein Rücktritt, sondern ein Konstitutivakt, der einem gerichtlichen Urteil entspricht. Wir haben hier also nur die Möglichkeit einer gesetzlichen Verwirkung, die aber nicht von selbst eintritt. Nach Erfüllung der materiellen Voraussetzungen bedarf es noch der Einleitung und Durchführung des Kaduzierungsverfahrens, das in mehrere Akte zerfällt. Die Einleitung, die fakultativ ist, obliegt dem Vorstand oder dem statutenmäßigen, dazu berufenen Organ¹⁵⁵). Die Verwirkungserklärung selbst liegt in der Bekanntmachung, daß der Aktionär seiner Rechte aus der Aktie und den geleisteten Barzahlungen zugunsten der Gesellschaft verlustig geht¹⁵⁶) (§ 219 Absatz 3 H.G.B.). Die Verwirkung tritt erst mit der Bekanntmachung ein, unter der Voraussetzung, daß das Kaduzierungsverfahren ordnungsmäßig verlaufen ist¹⁵⁷). Die Kaduzierung ist ähnlich der rücktrittsmäßigen Verwirkung in das Belieben des Gläubigers gestellt. Das Verfahren muß nicht, sondern kann nur eingeleitet werden; ist es aber einmal eingeleitet, so muß es auch durchgeführt und die Verfallserklärung ausgesprochen werden¹⁵⁸).

§ 11.

Äußerung der Verwirkung. Restitutionsmöglichkeit.

Der Verfall der Vertragsstrafe äußert sich darin, daß dem Gläubiger bezw. beim selbständigen Strafversprechen dem Empfänger des Versprechens ein Anspruch auf die Leistung der Strafe erwächst. Sobald die oben erörterten Voraussetzungen der Verwirkung der Strafe erfüllt sind, kann er auf die Strafe klagen. Es entsteht eine neue Verbindlichkeit neben der alten (§§ 340, 341)¹⁵⁹). Der Gläubiger hat die Möglichkeit, deren nachträgliche Erfüllung zu verlangen. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Strafe für den Fall versprochen ist, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, oder für den Fall, daß er sie nicht in gehöriger Weise erfüllt. In ersterem Falle ist der Strafanspruch alternativ statt der Erfüllung, im letzteren kumulativ neben der Erfüllung gegeben. Der Gläubiger kann im ersteren Falle zunächst auf Erfüllung bestehen und, bevor er

volle Befriedigung erhalten, dann erst die Strafe verlangen ¹⁶⁰). Die Wahl der letzteren erst läßt sein *jus „variandi“* erlöschen. Das folgt mit *argumentum e contrario* aus § 340 Absatz 1 Satz 2: „Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, daß er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.“ Verlangt der Gläubiger die Erfüllung, so kann sich der Schuldner nicht durch Anbieten oder Leisten der Strafe davon befreien. Es ist also keine Wahlschuld gegeben (§§ 263, 264). Der Schuldner ist in doppelter Schlinge gefangen. Jetzt manifestiert sich der Verstärkungszweck. Weil der Schuldner nicht das Recht hat, sich durch Leistung der Strafe von der Erfüllung zu befreien, so ist in der Regel die Vertragsstrafe kein Reugeld (§ 359). Denn der Anspruch auf diese entsteht erst, wenn der Vertragsgegner von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht, während der Anspruch auf die Vertragsstrafe das Fortbestehen der Hauptverpflichtung voraussetzt ¹⁶¹). Doch ist unter Umständen aus der Vereinbarung der Parteien zu schließen, daß die Vertragsstrafe zugleich Reugeld sein soll ¹⁶²), sodaß sich der Schuldner durch ihre Zahlung von der Hauptverpflichtung lösen kann. Auch in anderer Weise können die Parteien von den angegebenen Normalien abweichen, da die Bestimmungen der §§ 340 und 341 dispositiver Natur sind ¹⁶³). So ist wohl als sicher anzunehmen, wenn das Statut einer Aktiengesellschaft Vertragsstrafen für nicht erfolgende Nebenleistungen (§ 212) festsetzt, daß die Gesellschaft stets neben der Vertragsstrafe auch die rückständige Leistung noch verlangen kann.

Bei der Verwirkungsklausel äußert sich der Verfall verschieden, jenachdem wir die einer vorgängigen Willenserklärung bedürftigen wie das qualifizierte Rücktrittsrecht oder die unmittelbar mit Erfüllung der materiellen Voraussetzungen eintretende Verwirkung betrachten. Wir können so zwei Gruppen — eine mit obligatorischer, eine mit dinglicher Wirkung — unterscheiden. Zu ersterer gehören die nach § 360 konstruierten Verwirkungsklauseln und verwirkungsähnlichen Kündigungsrechte, zur zweiten die Lohnverwirkung, die meisten Versicherungsverwirklungen.

a) Nach § 360 erlangt der Gläubiger, sobald die Voraussetzungen der Verwirkung erfüllt sind, das Rücktrittsrecht. Die eigentliche Verwirkung des Schuldners besteht dann darin, daß der Gläubiger den Rücktritt erklärt. Der Schuldner verliert damit den Anspruch auf die Gegenleistung, während (im Regelfalle) der Gläubiger

die etwa empfangene Vorleistung des Schuldners zurückerstatten muß. Der erklärte Rücktritt erzeugt ein neues gegenseitiges Schuldverhältnis, welches auf Totalrestitution der von beiden gegebenen bzw. empfangenen Leistungen abzielt, das sogenannte Rücktrittsverhältnis. Jedoch wegen des Dispositivcharakters von § 360 kann auch eine abweichende Regelung getroffen sein, sodaß der Gläubiger die Leistung des Schuldners behalten darf. Diese, ursprünglich als Erfüllungsleistung gemacht, hat infolge der Rücktrittserklärung ihren Charakter völlig geändert; da durch die Rücktrittserklärung der Vertrag ex tunc aufgelöst wurde, so kann sie nicht mehr als Erfüllung gelten, sie ist antezipierte Strafleistung, eine besondere Leistung des Schuldners neben dem Verlust der Anwartschaft auf des Gläubigers Gegenleistung. Für die Anwendbarkeit von § 340 Absatz 1 und § 341 Absatz 1, die gemäß § 342 an sich zuträfen, weil eine andere Leistung als Zahlung einer Geldsumme vorliegt, ist hier natürlich kein Raum. Erfüllung der Verbindlichkeit ist nach ihrer Vernichtung unmöglich.

Die Verwirkungsklausel beim Pfandverkauf äußert sich — theoretisch betrachtet — ebenfalls in der Weise des erklärten Rücktritts¹⁶⁴). Der Pfandverkauf der durch Versteigerung geschieht (§ 1235), wird aber praktisch wohl so vorgenommen, daß der Zuschlag, durch den der Verkauf erst zustande kommt (§ 156), unter dem stillschweigenden Vorbehalt, daß die Kaufsumme bar bezahlt wird, erteilt wird. Ist der Zuschlag erteilt und kann der Ansteigerer nicht bar bezahlen, dann wird der Versteigerer die Sache sofort anderweit versteigern. Da vor Barzahlung die Übergabe der Pfandsache wohl nicht stattgefunden, so wirkt die Rücktrittserklärung hier dinglich: die Rechtswirkungen des Zuschlages werden als erloschen betrachtet, eine gegenseitige Rückgewährung ist unnötig.

Ist in einem Mietvertrag die Klausel enthalten, daß der Vertrag bei Nichtzahlung der Miete oder einem sonstigen Verstoß aufgehoben sei oder Nichtzahlung der Kündigung gleichstehe, so tritt das Vertragsende nicht unmittelbar ein. Es bedarf hier der Kündigung des Vermieters¹⁶⁵). Während die Rücktrittserklärung das Vertragsverhältnis nach rückwärts auflöst, beendet es die Kündigung für die Zukunft. Aber auch nicht dinglich, sondern obligatorisch. Der Mieter hat die Mietsache sofort zu räumen. Die Verwirkung besteht also in fristloser, sofortiger Kündigung.

Hierher gehört auch der Fall, daß beim Abzahlungsgeschäft über ein Lotterielos (was nicht verboten ist, wenn der Käufer im Handelsregister eingetragen ist, §§ 7, 8 Abz.G.), die angezahlte Summe ohne Anspruch auf das Los verfällt, wenn eine Rate nicht rechtzeitig eingeht¹⁶⁶). Der ganze Kaufvertrag wird unwirksam: die Anzahlung des Käufers verfällt zugunsten des Verkäufers. Dabei ist vorauszusetzen, daß der Verfall erst durch Erklärung des Verkäufers herbeigeführt wird.

b) Wirkt die Verwirkungsklausel dinglich, haben wir also eine echte Verwirkungsklausel, tritt der Rechtsverlust unmittelbar mit Erfüllung der Voraussetzungen ein, wie z. B. bei der Lohnverwirkung oder manchen Versicherungsverwirkungen (Freisein von der Leistung), dann sind wieder zwei Fälle zu unterscheiden:

Die Verwirkungsklausel hebt unmittelbar den ganzen bisherigen Vertrag auf, dann kann von keiner besonderen Leistung, also auch nicht von Strafe die Rede sein. Die gegenseitigen Rechte, aber auch die gegenseitigen Pflichten erlöschen. Im Gegensatz zum oben genannten Fall endigt die Wirksamkeit für die Zukunft ex nunc. Ein Beispiel bietet der eben genannte Verkauf von Lotterielosen auf Abzahlung an einen im Handelsregister eingetragenen Kaufmann, mit dem Abmaße, daß der Verfall unmittelbar eintritt.

Oder die Verwirkung besteht darin, daß der Verwirkende allein seine Rechte verliert, wie bei der Lohnverwirkung der Arbeitnehmer den Lohnanspruch, bei der Versicherungsverwirkung im Falle des § 38 V.V.G. der Versicherer den Anspruch auf die Versicherungssumme, während im übrigen der Vertrag bestehen bleibt. Der Gläubiger, in unseren Beispielen der Arbeitgeber, der Versicherer, können weiterhin Erfüllung verlangen. Der Fortbestand des ursprünglichen Vertrages zeigt sich insbesondere in der Möglichkeit, etwaigen Schadenersatz zu fordern (siehe unten § 12).

Bei der Lohnverwirkung tritt, wie der Name sagt, nur Verlust des Lohnanspruches ein. Es entsteht, wie wir annahmen, eine peremptorische Einrede des Gläubigers, daß der Arbeitnehmer die Nichtzahlung des Lohnes zu dulden hat. Der Arbeitsvertrag an sich bleibt von der Verwirkung unberührt. Der Arbeitgeber kann weiterhin Leistung der Dienste beanspruchen, der Arbeitnehmer sie leisten und dadurch neue Ansprüche auf Lohn erwerben, die durch neue Pflichtverletzung wieder verloren gehen können. Durch die

Wiederaufnahme der Arbeit, wenn Lohnverwirkung wegen Vertragsbruches bedungen ist, wird die einmal erfolgte Verwirkung nicht wieder rückgängig gemacht. Diese ist definitiv. Die Spezialverwirkung kann sich also schon wegen der Verschiedenartigkeit ihrer Gründe innerhalb desselben Rechtsverhältnisses wiederholen; was beim qualifizierten Rücktrittsrecht, wie auch bei der sich auf den ganzen Vertrag erstreckenden Generalverwirkung unmöglich ist.

Damit ist auch zugleich die Frage nach der Restitutionsmöglichkeit bei der Verwirkungsklausel entschieden. Ist der ganze der Verwirkungsklausel zugrunde liegende Vertrag entweder unmittelbar mit Erfüllung der Verwirkungsvoraussetzungen oder mittelbar durch Rücktrittserklärungen hinfällig geworden, dann ist eine restitutio in integrum unmöglich. Der einmal erklärte Rücktritt ist unwiderruflich. Eine Wiederherstellung ist nur möglich durch Abschluß eines neuen Vertrages mit gleichem Inhalt¹⁶⁷).

Die Äußerung der Verwirkung im Versicherungsrecht richtet sich je nach Art und Maß der Verfallvoraussetzungen, welche das Versicherungsvertragsgesetz den Parteien teils zum beliebigen Gebrauch an die Hand gibt, teils zwingend aufstellt. Ihre Darstellung im einzelnen würde den Rahmen dieser Arbeit übersteigen. Im großen ganzen lassen sich zwei Fälle unterscheiden, deren einer nach § 360 mit Abweichungen, deren anderer ähnlich der Lohnverwirkung gestaltet ist.

§ 12 (Fortsetzung).

Verhältnis von Verwirkung und Schadenersatz.

Da, wie wir sahen, die alte Hauptverbindlichkeit neben dem neuen Strafanspruch fortbesteht, die Strafe aber auch die Funktion von Schadenersatz hat, so fragt es sich, ob und inwiefern neben der Strafe noch Schadenersatz verlangt werden kann. Das Gesetz selbst gibt hierfür Anweisungen, welche indes der Abänderung durch Parteivereinbarung zugänglich sind. Nach § 340 Absatz II kann der Gläubiger, wenn ihm ein Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung zusteht, die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. „Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen“ unter der gleichen Voraussetzung. Dies ist der Fall, wenn die Nichterfüllung auf vom Schuldner zu vertretender

Unmöglichkeit (§§ 280, 325), Verspätung nach Urteil (§ 283) oder Verzug (§§ 286, 326) beruht. Besteht aber die Strafe in einer anderen Leistung als Zahlung einer Geldsumme, so ist der Anspruch auf Schadenersatz ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt (§ 342 Satz 2).

Dieselben Grundsätze gelten, wenn die Strafe wegen nicht gehöriger, insbesondere nicht rechtzeitiger Erfüllung bedungen ist (§ 341 Absatz 2). Ein Anspruch auf Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung ist gegeben im Verzugsfalle (§§ 286, 326), bei mangelhafter Lieferung (§§ 403, 493) wie überhaupt bei allen positiven Vertragsverletzungen. Eine Ausnahme gilt kraft zwingender Gesetzesvorschrift (§§ 74 bis 76 H.G.B.) für Vertragstrafen zur Sicherung von Konkurrenzausschlußverträgen zwischen Geschäftsherrn und Handlungsgehilfen, wonach der Prinzipal nur die Strafe verlangen kann, wenn der Handlungsgehilfe die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt hat (§ 75 Absatz 2). In diesem Falle ist der Anspruch auf Erfüllung wie auch auf Ersatz weiteren Schadens ausgeschlossen. Der Prinzipal hat also kein Wahlrecht zwischen Strafe und Erfüllung.

Besteht die Vertragstrafe darin, daß der Gläubiger den Rücktritt erklärt und der Schuldner die gemachten Teilleistungen verliert, so ist jede Schadenersatzforderung des Gläubigers ausgeschlossen. Denn die Nichterfüllung des Vertrages hat der Gläubiger selbst durch Erklärung des Rücktritts veranlaßt. Er hätte, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllte (eine bestimmte Leistungszeit oder Mahnung vorausgesetzt), unter Fristsetzung das Recht, Schadenersatz zu verlangen (§ 326) oder aber ohne weiteres zurückzutreten. Erklärt er den Rücktritt, so hat er damit stillschweigend auf Erfüllung wie auf Schadenersatz verzichtet. Der Rücktritt ersetzt den Schadenersatz, indem der Gläubiger seine etwaige Leistung zurückerhält, während er die des Schuldners behalten darf.

Aus der Rücktrittskonstruktion folgt, daß die Bestimmungen §§ 340, 341 über alternative oder kumulative Strafforderung auf die vertragstrafähnliche Verwirkungsklausel unanwendbar sind. Der Rücktritt schließt, da er die Hauptverbindlichkeit, das Straffundament, vernichtet und die neue Restitutionsobligation an ihre Stelle setzt, jede Erfüllung aus.

Von Erfüllung, also auch von Schadenersatzansprüchen wegen ihres Ausbleibens kann auch keine Rede sein, wo die Verwirkung mit dinglicher Wirkung den ganzen Hauptvertrag zum Erlöschen bringt.

So bleibt nur der Fall übrig, daß die Verwirkung als Spezialverwirkung sich nur auf einen Teil des Hauptvertrages, auf ein oder alle Rechte des Schuldners erstreckt, wie die Lohnverwirkung.

In solchen Fällen behält der Gläubiger die Möglichkeit, weiterhin Erfüllung zu fordern. Das Vertragsverhältnis bleibt in seinem vollen Inhalt bestehen, nur des Schuldners Rechte gehen unter. Ist durch die Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung, d. h. die einmalige Zuwiderhandlung ein Schaden entstanden, so kann dieser nach § 342 nicht neben der Strafe verlangt werden. Doch dürfte auch diese Bestimmung dispositiv sein, sodaß die Parteien vereinbaren können, daß auch Ersatz eines die Strafe übersteigenden Schadens verlangt werden kann. „Im Zweifel“ ist § 342 Satz 2 anwendbar; allerdings trifft nicht wörtlich seine Voraussetzung zu, daß der Gläubiger die Strafe „verlangt“. Denn diese wird schon im Augenblick der Erfüllung der Verwirkungsvoraussetzungen entrichtet, indem der verwirkte Anspruch des Schuldners erlischt.

Nur der Schadenersatz wegen der konkreten Nichterfüllung ist ausgeschlossen, nicht aber auch der, welcher sich auf den noch ausstehenden Erfüllungsanspruch bezieht. Die Strafe ist das Surrogat der konkreten Nichtleistung oder einmaligen Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht, und zwar bei Nichterfüllung nach ihrer Schuldleistungs- und Ersatzseite (§ 340 Absatz 2 Satz 1), bei nicht gehöriger Erfüllung nur nach letzterer (§ 341 Absatz 1)¹⁶⁸). In letzterem Falle kann also neben der Verwirkung noch die Nachholung der konkreten Einzelleistung gefordert werden, selbstverständlich nur, wenn sie nachholbar ist, was bei Verletzung von Unterlassungspflichten, sobald die für einen gewissen Zeitpunkt geschuldete Unterlassung nicht eingehalten wurde, für diesen Zeitpunkt überhaupt unmöglich geworden ist.

Da der Anspruch des Gläubigers auf weitere Erfüllung bestehen bleibt, so sind Ersatzansprüche wegen Unterbleibens derselben gegeben. Die Bestimmung des § 342 Satz 2 bezieht sich nicht auf diese, sondern nur auf Ersatzansprüche wegen der konkreten.

die Verwirkung verursachenden Nichtleistung. Entstehung und Höhe jener Ersatzansprüche sind vom Gläubiger nach allgemeiner Regel zu beweisen.

Bezüglich des Verhältnisses von Lohnverwirkung und Schadenersatz macht Joel¹⁶⁹⁾ einen Unterschied, ob sie „als Schadenersatz“ oder „als Vertragstrafe“ von den Parteien vereinbart wurde, was nur durch die Zeit der Abfassung seiner Schrift (§ 1893 also Herrschaft des gemeinen Rechts) erklärlich ist. Wir haben aber gesehen, daß die Lohnverwirkung, sofern sie nicht zugunsten Dritter bedungen ist, sowohl wirtschaftlich nach ihrem Zweck wie juristisch als Vertragstrafe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch aufzufassen ist, und daß diese stets Schadenersatzfunktion besitzt: dahin ist für obige Unterscheidung unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches kein Raum mehr. Seine Ausführungen sind daher jetzt gegenstandslos geworden. Es kommt nicht mehr auf die von den Parteien gebrauchten Worte, sondern allein auf den durch Auslegung zu gewinnenden Inhalt an¹⁷⁰⁾.

Speziell für die Lohnverwirkung und zwar für die qualifizierte des § 134, II Gew.O. ist das obengenannte Prinzip des § 342 B.G.B., des Ausschlusses des Schadenersatzes bei Verlangen bzw. Entrichtung der Strafe durch Sondervorschrift der Gewerbeordnung teils bestätigt, teils durchbrochen. Die Gewerbeordnung gewährt in § 124b dem Arbeitgeber für den Fall des Arbeitsvertragsbruches des Arbeiters einen fixen Anspruch als Entschädigung seines präsumierten Schadens. Durch die Geltendmachung dieser Entschädigungsforderung wird der Anspruch auf Erfüllung des Vertrages und auf weiteren Schadenersatz ausgeschlossen. Auf Arbeitgeber und Arbeiter von Betrieben (Fabriken, vor der Novelle vom Dezember 1908), in welchen in der Regel mindestens zwanzig Arbeiter beschäftigt werden, bezieht sich § 124b nicht (§ 134 Absatz 2 Satz 2). Beim Vertragsbruch solcher Arbeiter kann also der Arbeitgeber nicht die fixierte Entschädigung des § 124b geltend machen, sondern muß einen bestimmten Schaden angeben und nachweisen. Er kann also die Lohnverwirkung ausbedingen, welche als Schadenersatz wirkt, wenn ihm selbst die verwirkten Beträge zugute kommen. Er kann ferner (nach § 134b Absatz 2 Satz 4) neben positiven Strafen, für irgendwelche bestimmten Verfehlungen, die er dem Arbeiter durch die Arbeitsordnung auferlegen kann, Schadenersatz fordern.

Andere als die in § 134 Absatz 2 Gew.O. bezeichneten Arbeitgeber und Arbeiter können unbeschränkt Lohnverwirkungen, insbesondere wegen rechtswidrigen Verlassens der Arbeit (§ 124 b)¹⁷¹⁾ im Arbeitsvertrag bedingen. Verlangt der Arbeitgeber aber die fixe Entschädigung wegen Verlassens der Arbeit, dann ist die Geltendmachung der Lohnverwirkung, soweit sie Schadenersatzfunktion hat, ausgeschlossen (§ 124 b Satz 3). Vertragstrafe (Verwirkung) neben gewöhnlichem Schadenersatz ist zulässig, wie Schlußfolgerung per argumentum e contrario ergibt, nur Vertragstrafe (Verwirkung) neben fixer Entschädigung ist ausgeschlossen. Ist die Verwirkung zugunsten eines Dritten bedungen, dann ist sie neben der fixen Entschädigung statthaft. Letzteres ergibt sich auch aus der Bestimmung des § 134 b Absatz 2 Satz 4, wonach neben den Strafen der Arbeitsordnung, die mangels Ersatzfunktion (weil obligatorisch zum Besten der Arbeiter zu verwenden), keine Vertragstrafen (§ 339, 340 B.G.B.) sind, Schadenersatz verlangt werden kann¹⁷²⁾.

§ 13.

Das Ermäßigungsrecht.

Die Vereinbarung der Vertragstrafe ist nach ihrer Höhe unbeschränkt. Die „verwirkte“ Strafe dagegen unterliegt richterlicher Herabsetzung, wenn sie unverhältnismäßig hoch ist. Das Wesentliche und Bedeutsame dieser dem Richter erteilten Ermächtigung liegt darin, daß er in die nach ihrem Maß durch Privatdisposition von Parteien bestimmte und bereits fest erworbenen Rechte eingreift und abändernd neues Recht schafft, indem er den bereits erworbenen Anspruch auf die Strafe aus Billigkeitsgründen teilweise aberkennt¹⁷³⁾. Er soll den Gegensatz ausgleichen zwischen der auf Grund der subjektiven Beurteilung der Parteien versprochenen Strafe und dem objektiven Interesse des Gläubigers infolge der Verwirkung und so richtiges Recht setzen.

Für das Gebiet des Handelsrechtes hat man in Erwägung, daß die Nachteile des Ermäßigungsrechtes größer als seine Vorzüge, insbesondere wegen des darin liegenden Anreizes zur Vertragsuntreue, im § 348 H.G.B. die Herabsetzung einer Vertragstrafe ausgeschlossen, die ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen

hat. Unter Kaufleuten in diesem Sinne sind nur die Vollkaufleute der §§ 1, 2 H.G.B. zu verstehen, nicht aber die in § 4 H.G.B. genannten Gewerbetreibenden (§ 351 H.G.B.).

Auf die von einem Handlungsgehilfen versprochene Vertragsstrafe sind aber die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe ausdrücklich für anwendbar erklärt (§ 75 Absatz 2 Satz 3). Das gleiche gilt gemäß § 76 H.G.B. für die von einem Handlungslehrling versprochene Vertragsstrafe. Das Ermäßigungsrecht zessiert bei der von einem Kaufmann verwirkten Strafe nur dann, wenn der Versprechende Kaufmann war. Erlangt jemand, der eine Vertragsstrafe versprochen hat, nachträglich Kaufmannseigenschaft, so behält er trotzdem das Ermäßigungsrecht¹⁷⁴). Umgekehrt ist das Ermäßigungsrecht gegeben, wenn der Versprechende Vollkaufmann ist, sein Rechtsnachfolger, der die Verwirkungsvoraussetzungen auslöst, aber nicht, z. B. bei Erwerb einer Aktie (§ 212, 218 H.G.B.). Für solche Fälle ist zu berücksichtigen, daß das Ermäßigungsrecht aus Billigkeitsgründen gegeben ist, um den, der den Vertrag verletzt und in Strafe verfällt, vor unbilligen Härten zu schützen. Das Ermäßigungsrecht darf daher nicht versagt werden, weil derjenige, der die Strafe versprochen, es nicht hätte geltend machen können, wenn er sie verwirkt hätte. Für die Frage der Anwendbarkeit des Ermäßigungsrechtes ist die Zeit der Verwirkung bzw. des Urteils maßgebend¹⁷⁵). Anders, wenn die Rechtsnachfolge des Nichtkaufmanns erst nach Verwirkung der Vertragsstrafe durch den Kaufmann eintritt. Die Strafverpflichtung geht mit den Eigenschaften auf den Rechtsnachfolger über, die sie beim Veräußerer der Aktie oder des Geschäftsanteils einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung hatte. Eine Besonderheit gilt beim Abzahlungsgeschäft. Nach § 8 Abz.G. entfällt das Ermäßigungsrecht nur, wenn der Versprechende ein eingetragener Kaufmann ist. § 51 H.G.B. kommt hier also nicht in Betracht.

Neben diesen positiven Beschränkungen des Ermäßigungsrechtes ergibt sich durch Schlußfolgerung aus anderen Gesetzen die Unanwendbarkeit des Ermäßigungsrechtes in einzelnen Fällen.

Es gründet sich, wie erwähnt, auf die Funktion der Vertragsstrafe als Schadenersatz. Diese Funktion fehlt den bereits genannten Fabrikstrafen, von welchen § 134b Gew.O. handelt. Denn sie

müssen zum Besten der Arbeiter der Fabrik verwendet werden (§ 134b Absatz 2 Satz 3). Abgesehen von diesem funktionellen Unterschied, unterliegen jene Strafen, sofern es sich um Geldstrafen handelt, auch deshalb nicht der Ermäßigung, weil ihre Höhe nach bestimmtem Maß eingeschränkt ist. Bei diesen ist anzunehmen, daß schon der Gesetzgeber durch § 134b Absatz 2 Gew.O. diejenige Beschränkung der Strafbefugnis gegeben hat, welche er für angemessen und notwendig erachtet hat¹⁷⁶).

Die in Geldzahlung bestehenden Fabrikstrafen sind absolut bemessen und daher nicht mehr ermäßigungsfähig. Sie dürfen in der Regel die Hälfte des durchschnittlichen Tagesarbeitsverdienstes nicht übersteigen. Für besonders schwere Verfehlungen gegen die Ordnung des Betriebes können Strafen in Höhe des ganzen durchschnittlichen Tagesverdienstes verhängt werden (§ 134b Absatz 2 Satz 2). Diese Spezialvorschrift schließt die Anwendung des allgemeinen Ermäßigungsrechtes aus¹⁷⁷).

Dasselbe gilt für die in § 134 Absatz 2 Gew.O. behandelte Lohnverwirkung für den Fall des Arbeitsvertragsbruches. Deren Maximum wird für diesen Spezialfall durch § 134 Absatz 2 bestimmt und nicht durch § 134b Nr. 4, weil sie keine Strafe im Sinne der letzteren Bestimmung ist¹⁷⁸), beträgt also einen durchschnittlichen Wochenlohn. Das Ermäßigungsrecht ist endlich unanwendbar auf die Lohnverwirkung, bei welcher auf Grund der Arbeitsordnung in Befolgung der Anregung des § 134b Absatz 1 Nr. 5 der Verwendungszweck der verwirkten Beträge so geregelt ist, daß sie nicht dem Arbeitgeber, sondern einem Dritten, einer Fabrikwohlfahrtseinrichtung, zufallen, weil hier mangels der Schadenersatzfunktion eine materielle Vertragstrafe nicht vorliegt. Es wird in solchen Fällen auch entbehrlich sein, weil ja der Arbeitgeber durch die Verwirkung nicht selbst einen Vorteil erlangt.

Da die Mehrzahl der Lohnverwirkungen wohl für den Spezialfall des § 134 Absatz 2 bedungen sind, wird die Ausdehnung des Ermäßigungsrechtes des § 343 B.G.B. auf die Lohnverwirkung nach obigem von geringer praktischer Bedeutung sein.

Die Anwendung des Ermäßigungsrechtes durch den Richter geschieht zwar aus dessen freier Entschliebung („kann“), aber nicht von Amts wegen, sondern nur auf Initiative des Beschwerden, auf Antrag. Dieser bedarf nicht der Form der Klage oder Widerklage¹⁷⁹).

sondern kann auch durch Einwendung¹⁸⁰⁾ gegen die vom Gläubiger angestrengte Klage auf Zahlung der Vertragsstrafe¹⁸¹⁾, was wohl häufiger sein wird, gestellt werden.

Solange der Gläubiger die Leistung der Vertragsstrafe vom Schuldner nur verlangt, ohne darauf zu klagen, kann sich dieser darauf beschränken, außergerichtlich diese zu verweigern, ohne daß ihm ein anderer Nachteil erwächst, als daß er in Verzug kommt. In der Regel wird daher der Gläubiger, der zu seinem Recht kommen will, klagen müssen.

Diese Klage geht nicht auf Feststellung (Objekt der Feststellung wäre nur das — ohnehin feststehende — Ermäßigungsrecht), sondern auf Leistung der Strafe. Wird der Einwendung des Schuldners auf Herabsetzung der Strafe stattgegeben, so enthält das Urteil in der Verurteilung zur geminderten Strafe eine Änderung des vom Gläubiger bereits erworbenen Rechtes auf die Vertragsstrafe, nicht aber Feststellung eines Rechtsverhältnisses etwa der Vertragsstrafschuld; denn daß dem Gläubiger das Recht auf die Vertragsstrafe zukam, stand vorher fest, nur das Maß des Anspruches war streitig¹⁸²⁾. Das konstitutive Urteil vernichtet den übermäßigen Teil des Strafanspruches, prozessual gesprochen: dieser wird abgewiesen.

Unter Umständen kann aber auch der Schuldner Anlaß haben, aktiv mit Klage vorzugehen, so, wenn der Gläubiger ihn fortgesetzt drängt, ohne selbst Klage zu erheben. Diese bezweckt Herabsetzung des Strafanspruches, also Aberkennung eines Teiles desselben, also Rechtsänderung. Der Urteilstenor wird dahin zu lauten haben, daß der Strafanspruch des Gläubigers zum betreffenden Betrag ungerechtfertigt ist; Schwierigkeiten wären darin zu finden, ob aus diesem Urteil, das negativ ist, gegen den Schuldner-Kläger eine Vollstreckung möglich ist, falls er nicht nach Rechtskraft dieses Urteils die darin kundgegebene ermäßigte Strafe zahlt. Unlogisch wäre es, anzunehmen, der Schuldner begehre Urteil, daß er schuldig sei, nur den angemessenen Teil zu leisten; ganz zu geschweigen von der Frage der Prozeßkostenverteilung wegen § 93 Z.P.O. (Veranlassungsprinzip). Meint man aber, das Urteil habe zu lauten: Der Gläubiger sei nur zum angemessenen Teil berechtigt, so haben wir wieder das Rechtsänderungs-Urteil¹⁸¹⁾.

Die praktische Konsequenz der herrschenden Ansicht, daß das Ermäßigungsrecht auch durch Einwendung geltend gemacht werden

kann, besteht in der Möglichkeit, den Antrag auf Herabsetzung, da er kein „Anspruch“ ist, noch in der Berufungsinanz anzubringen (§ 529 Absatz 2 Z.P.O.).

Für die in Verwirkung bestehenden Vertragstrafen ist diese Streitfrage gegenstandslos. Denn dem Gläubiger kommt die Verwirkung ohne weiteres zugute; hier fällt der Verfall mit der objektiven Entrichtung der Strafe zeitlich zusammen. Der Schuldner, der eine Herabsetzung des verwirkten Vertrages wünscht, z. B. der Lohnarbeiter oder Versicherungsnehmer, müssen aktiv vorgehen, also auf Auszahlung des Betrages, der die ihnen angemessen erscheinende Verwirkung des Lohnes der Versicherungssumme übersteigt, Leistungsklage erheben. Genau so ist es bei der Verwirkung von Teilleistungen des Schuldners, wenn der Gläubiger zurücktritt. Auch hier muß der Schuldner auf die Rückgewährung des überschießenden Betrages klagen.

Auch hier enthält das Urteil eine Rechtsänderung; dem Gläubiger wird sein schon erworbenes Recht teilweise aberkannt. Der Strafanspruch ist nach dem Wesen der Verwirkung als Rechtsverlust aber auch schon erfüllt, die Strafe entrichtet; daher kann die Aberkennung nur in Verurteilung zur Zurückleistung der empfangenen Leistungen bestehen.

Die Ausübung des Ermäßigungsrechtes bei der reinen Vertragstrafe ist an keine Frist gebunden; der Schuldner kann jederzeit, sobald der Gläubiger die Strafe fordert, seine Einwendung erheben, also auch noch in der Berufungsinanz. Dagegen bei der Verwirkung ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr zu verlangen, daß der Schuldner, sobald er Kenntnis von dem Eintritt der Verwirkungsstatsachen erlangt, unverzüglich sich gegen die Verwirkung in der betreffenden Höhe verwahrt, weil sonst anzunehmen ist, daß er auf die Ausübung des Ermäßigungsrechtes verzichtet. Dies ist auch deshalb geboten, weil nach ausdrücklicher Vorschrift die Ermäßigung der Strafe nach ihrer Entrichtung ausgeschlossen ist¹⁶⁴⁾, hier aber die Entrichtung objektiv schon im Augenblick erfolgt, da die Verwirkungsvoraussetzungen sich erfüllen. Zur Entrichtung ist aber noch ein subjektives Moment erforderlich, der Wille des Schuldners, die Leistung zu machen. So sagt richtig Lotmar¹⁶⁵⁾ in Bezug auf die Lohnverwirkung: „Unterläßt

der Arbeitnehmer, sich gegen den Abzug und damit gegen die Verwirkung zu verwahren, so ist dies seinerseits Entrichtung der Strafe.“

Kein Unterschied besteht zwischen Verwirkungsklausel und Vertragsstrafe bezüglich der Art und Weise der Anwendung des Ermäßigungsrechtes durch den Richter: diese folgt stets den in § 343 enthaltenen Richtlinien. Eine eingehende Darstellung derselben darf angesichts der vorhandenen ausführlichen Erörterungen in der Literatur unterbleiben ¹⁸⁶⁾.

„Der Richter soll nicht nur die Verschiedenheit der Interessen des Gläubigers zu den verschiedenen Zeiten ¹⁸⁷⁾ des Vertragschlusses ¹⁸⁸⁾ der Verwirkung, der Klageerhebung, des Urteils, die Höhe des möglichen und wirklichen Schadens, sondern auch die wirtschaftliche Lage beider Teile, den Grad des Verschuldens auf seiten des Schuldners und sonstige Momente, z. B. entgangenen Gewinn, berücksichtigen.“ Der Richter hat es in der Hand, im Falle von Verwirkung wegen Verletzung von Unterlassungspflichten, wo der Verfall im Zweifel auch ohne Verschulden eintritt, also nach Art einer Garantiepflicht oder bei Verfall wegen Verhaltens ¹⁸⁹⁾ eines Dritten oder beim Eintritt eines objektiven Ereignisses, nachträglich aus Billigkeitserwägungen Entschuldigungsgründe zu berücksichtigen. Meines Erachtens darf er sogar gegebenenfalls die Strafe auf null reduzieren.

Objekt der Ermäßigung ist die verwirkte Vertragsstrafe, die entweder Zahlung einer Geldsumme (§ 339) oder eine andere Leistung (§ 342) sein kann. Dabei ist kein Unterschied, ob die Strafe wegen Verletzung einer Verbindlichkeit oder für ein unverbindliches Tun oder Unterlassen (§ 343, II) versprochen ist. Aus der Bezugnahme in § 343 Absatz 2 auch auf § 342, sowie der Stellung der beiden Paragraphen ergibt sich, daß das Ermäßigungsrecht auch auf nicht in Geld bestehende, selbständige Vertragsstrafen anwendbar ist ¹⁹⁰⁾.

Wäre die entgegengesetzte Ansicht ¹⁹¹⁾ richtig, daß das Ermäßigungsrecht auf andere Leistungen, die nicht in Zahlung einer Geldsumme bestehen, unanwendbar sei, so könnte jeder Gläubiger die zwingende Vorschrift des § 343 dadurch illusorisch machen, daß er sich einen Gegenstand versprechen ließe, der in seiner Art nicht ermäßigt werden kann. Dann wäre aber auch das

Ermäßigungsrecht bei allen Verwirkungen ausgeschlossen, die diesem, soweit sie als Vertragstrafen anzusehen sind, unterliegen. Denn bei diesem besteht die Strafe stets in einer anderen Leistung als Geldzahlung, entweder in der die Strafe antezipierenden Erfüllungsleistung oder in dem Verzicht auf ein vertragsmäßiges Recht, das erst wieder mittelbar eine Geldleistung zum Gegenstand hat. Die ganze Arbeit der Vergleichung von Strafe und Verwirkung deren praktischste Konsequenz Anwendung des Ermäßigungsrechtes ist, wäre gegenstandslos.

Die Ermäßigung solcher anderer Leistungen begegnet, mangels Kommensurabilität mit dem Schaden oder dem Interesse des Gläubigers Schwierigkeiten, die noch größer sind bei unteilbaren, einheitlichen Strafleistungen. In solchen Fällen muß zu dem Aushilfsmittel einer Abschätzung und Substituierung einer dem abgeschätzten Schaden entsprechenden Geldsumme gegriffen werden¹⁹²⁾.

Bei der rücktrittartigen Verwirkung bilden die verfallenen Teilleistungen die Strafleistung, diese sind also zu ermäßigen, und der Gläubiger ist, falls die Ermäßigung anerkannt wird, zur teilweisen Rückgewährung zu verurteilen; bei der dinglichen Verwirkung wie Lohnverwirkung liegt, wie dargetan, die Strafe, die besondere Leistung in der Herstellung des rechtlichen Erfolges. Diese ist an sich wegen ihrer abstrakten Natur nicht minderungsfähig. Wohl aber ihr Objekt, das Vertragsrecht, wie z. B. die Lohnforderung, der Versicherungsanspruch. Die Ermäßigung bezieht sich hier auf das mittelbare Objekt und geschieht so, daß dem Schuldner durch das Urteil ein Teil des Anspruches zuerkannt wird. Die Ausübung des Ermäßigungsrechtes durch den Richter kommt also einer teilweisen Restitution des verlorenen Rechtes gleich.

§ 14.

Beweislast.

Die gerichtliche Geltendmachung der Vertragstrafe ist möglich, sobald die materiellen und formellen Voraussetzungen ihres Verfalls vorliegen. Der Strafschuldner wird wohl in der Regel dies bestreiten und so den Gläubiger zur Klage zwingen. Bei der Verwirkungsklausel dagegen wird der Gläubiger der Notwendigkeit einer Klage

überhoben sein, weil er von einer Verpflichtung infolge der Verwirkung frei geworden ist. Der Schuldner ist zur Initiative veranlaßt und muß die Verwirkung bestreiten, wenn er sein Recht erlangen will.

Damit haben wir in Bezug auf die Verteilung der Beweislast im allgemeinen das Ergebnis gewonnen: Der Gläubiger, der die Strafe einklagt, muß die Begründungstatsachen für seinen Anspruch nachweisen, also insbesondere, daß eine Vertragstrafe vereinbart sei, und daß Schuldner mit Erfüllung seiner Verpflichtung im Verzuge sei¹⁹³). „Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen“ (§ 345 B.G.B.). Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so hat der Gläubiger im Falle des Bestreitens des Schuldners die Zuwiderhandlung zu beweisen.

War die Strafabrede Akzessorium eines zweiseitigen Vertrages und der Gläubiger zur Vorleistung verpflichtet, so muß er der Einrede des erfüllten Vertrages gegenüber beweisen, daß er die Vorleistung gemacht habe. Dem Schuldner obliegt es dagegen, zu beweisen, daß er das Ausbleiben seiner Leistung nicht zu vertreten habe.

Für die sogenannten selbständigen Vertragstrafen gelten die angegebenen Grundsätze analog¹⁹⁴), nicht aber die Regeln über bedingte Rechtsgeschäfte.

Einen Streitpunkt bei Vertragstrafen wegen nicht gehöriger Erfüllung bildet häufig der Umstand, daß der Gläubiger ungehörige Erfüllung annimmt, ohne sich das Recht auf die Strafe vorzubehalten. (§ 341, III). Mit Rücksicht auf die Fassung dieser Bestimmung und die Beweislastregel des § 345, wonach der Schuldner die Erfüllung zu beweisen hat, ist der Gläubiger für den Vorbehalt beweispflichtig.

Bei der als Rücktrittsrecht gestalteten Verwirkungsklausel gilt die allgemeine Regel, daß der Gläubiger, welcher sich auf die Verwirkung beruft, den Eintritt der ihr zugrunde liegenden Tatsache dartun muß¹⁹⁵). So beweist im Falle der Verwirkung beim Kauf der Verkäufer den Verzug des Käufers, der Versicherer die Verletzung der „Obliegenheit“ des Versicherungsnehmers. Anders bei der dinglichen Verwirkung. Meist wird der Streitfall so liegen, daß der Schuldner den Anspruch geltend macht und der Gläubiger

dagegen einredeweise erklärt, daß der Anspruch durch Verwirkung vernichtet sei, so bei der Lohnverwirkung, wie beim Freisein des Versicherers von der Leistung. Dann hat der Schuldner wie bei der Vertragstrafe die Erfüllung zu beweisen, daß er die Arbeit geleistet hat. Der Gläubiger aber muß dartun, daß der Schuldner rechtswidrig das Arbeitsverhältnis gelöst hat, in Verzug gekommen ist, insbesondere aber bei der Versicherung der Versicherer, daß der Versicherungsnehmer die Obliegenheit verletzt hat. Dagegen obliegt letzterem der Nachweis, daß dies ohne sein Verschulden geschehen ¹⁹⁶).

Anmerkungen.

¹⁾ Vergl. z. B. Schmidt S. 16 Note 1; Thinius S. 4 und Örtmann 360 B.G.B. — ²⁾ Holtzendorff, Rechtslexikon S. 1131. — ³⁾ Vergl. Regelsberger, Pandekten I S. 448 § 123. — ⁴⁾ Örtmann § 339 Anmerkung. — ⁵⁾ Daß die Selbständigkeit nur relativ zu nehmen ist, wird unten § 5 zu erörtern sein. — ⁶⁾ Lotmar I S. 456. — ⁷⁾ Sjögren S. 21 f. — ⁸⁾ Siber, Rechtszwang S. 35 Abs. 3. — ⁹⁾ Thinius S. 3. — ¹⁰⁾ Blumenstein S. 34 II Abs. 3. — ¹¹⁾ Thinius S. 25 u. — ¹²⁾ Thinius S. 25 u. — ¹³⁾ Siehe unten § 3. — ¹⁴⁾ Örtmann zu § 360 B.G.B. — ¹⁵⁾ Vergl. unten S. 21, b. — ¹⁶⁾ Näheres siehe unten § 13. — ¹⁷⁾ Staudinger § 342 Bem. 2. — ¹⁸⁾ Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 53. — ¹⁹⁾ Motive II S. 281 ff. — ²⁰⁾ Schmidt S. 54, Thinius S. 24. — ²¹⁾ Schollmeyer, Schuldverhältnisse S. 283, Örtmann § 360 B.G.B. Anm. 3. — ²²⁾ Vergl. Kommissionsbericht zu § 340 des Entwurfes zum Bürgerlichen Gesetzbuche (jetzt § 346). — ²³⁾ Diese Bestimmung ist zwingenden Rechts (so auch Staudinger zu § 360 Bem. 3), wenn dieser Charakter ihr auch nicht ausdrücklich beigelegt ist. Eine solche ausdrückliche Bestimmung ist keineswegs Voraussetzung für die Annahme, daß ein Rechtsatz zwingend sei (vergl. Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuche Bd. I S. 17 IV). Mangels einer solchen Bestimmung ist der Geltungsanspruch des Rechtssatzes nach den gewöhnlichen Interpretationsgrundsätzen zu ermitteln. (Sinzheimer S. 34 Note 2.) — ²⁴⁾ Vergl. Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels S. 184. — ²⁵⁾ Örtmann Bürgerliches Gesetzbuch § 360 Anm. 3. — ²⁶⁾ Sinzheimer S. 111. — ²⁷⁾ Fraglich ist nur, ob dann ein Vertrag zugunsten eines Dritten anzunehmen, sodaß der Arbeiter auf Auszahlung des verwirkten Lohnbetrages an die Kasse klagen kann, oder ob etwa eine öffentlich-rechtliche Person, etwa Aufsichtsbehörde, die Auszahlung an die Kasse erzwingen kann. — ²⁸⁾ Lotmar, Der gewerbliche Arbeitsvertrag Bd. I S. 456. — ²⁹⁾ Joel, Arbeiterschutzgesetz von 1891, der einen Unterschied zwischen der Verwirkung als Strafe und der als Schadenersatz macht. — ³⁰⁾ Plank § 339 B.G.B., der jedenfalls die Vereinbarung, daß sich der Lohn des Dienstverpflichteten bei nicht gehöriger Erfüllung seiner Dienstpflicht um einen gewissen Betrag mindern soll, als Vertragstrafe ansieht; a. M. Dernburg Bd. II S. 314. — ³¹⁾ Schneider, Arch. für ziv. Praxis Bd. 85 S. 298. — ³²⁾ Plank § 1229 B.G.B.; Fischer-Henle § 1229 B.G.B. — ³³⁾ Thinius S. 48. — ³⁴⁾ So auch Staudinger § 1238 B.G.B. Anm. 2 c; Dernburg II S. 803; Crome I S. 856 Note 90. — ³⁵⁾ Gaupp-Stein § 817 Note IV. — ³⁶⁾ Gerhard, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz zu § 6 Anm. 6. — ³⁷⁾ Gerhard § 39 Anm. 5. — ³⁸⁾ Sigel S. 136 ff. — ³⁹⁾ Sigel a. a. O. S. 136 ff. und Gewerbegericht 6 S. 40. — ⁴⁰⁾ Sinzheimer S. 108, 1. Lotmar I S. 452. Gewerbegericht Köln bei Baum, Handbuch der Gewerbegerichte S. 396. Reger, Entsch. 25 S. 225. — ⁴¹⁾ Die Heranziehung des § 360 B.G.B., wie bei Sigel in Konsequenz seiner Anschauung möglich (S. 139), ist hier nicht angängig; denn dessen Konstruktion als Rücktrittsrecht mit Totalrestitution ist deshalb gewählt, weil im anderen Falle dingliche Wirkung geradezu als Prämie auf leichtsinnigen Vertragsbruch fungieren würde. Es ist danach ins

Belieben des Gläubigers gestellt, ob er die Vertragsauflösung will oder nicht. Hier, wo das vertragswidrige Verhalten nur einseitig die Rechte des Schuldners verwirkt sein läßt, ist jene Konstruktion unnötig. Die Begründung, warum „lediglich (?) kein Anlaß vorliegt, der Lohnverwirkung eine andere Auslegung zu geben, als dies der Gesetzgeber bei der Rechtsverwirkung nach § 360 B.G.B. getan hat“, ist Sigel noch schuldig. — ⁴²⁾ Vergl. Kohler, Lehrbuch II S. 177 § 65. — ⁴³⁾ Sinzheimer 110; Lotmar, Landmann II S. 137 Anm. 21 zu § 115. — ⁴⁴⁾ Reger, Entsch. 25 S. 225, Gewerbegericht V Sp. 132 Leipzig. — ⁴⁵⁾ Sigel S. 138 II. — ⁴⁶⁾ Sigel S. 139 u. — ⁴⁷⁾ Janzer-Burger, Eisenbahnverkehrsordnung, Kommentar § 96. — ⁴⁸⁾ Sinzheimer S. 112. — ⁴⁹⁾ Joel S. 78 Abs. 2 und S. 128, ihm folgt Landmann II S. 322. — ⁵⁰⁾ Schmidt S. 39. — ⁵¹⁾ Fischer-Henle Anm. 4 zu § 158 B.G.B. — ⁵²⁾ Vergl. Motive II 281 ff. — ⁵³⁾ Thinius S. 10. — ⁵⁴⁾ Lotmar S. 453; a. M. Sinzheimer S. 114 f., aber folgerichtig gemäß seiner Konstruktion. — ⁵⁵⁾ Auch Reichsgericht bei Reger 25 S. 225: „Den Arbeitern ist durch § 134 nicht ein besonderes Recht verliehen worden, sondern es hat im Gegenteil der im § 105 ausgesprochene Grundsatz der Vertragsfreiheit für diese besonderen Fälle eine Einschränkung erfahren.“ Gewerbegericht V Sp. 166: „§ 134 II Gewerbeordnung (jetzt § 134 Absatz 1 nach der Fassung des Gesetzes vom 30. Dezember 1908) enthält nicht eine Verleihung eines besonderen Ausnahmerechts, sondern eine Beschränkung gegenüber dem früheren gemeinen Recht“. — ⁵⁶⁾ Vergl. Gewerbegericht VI Sp. 65. — ⁵⁷⁾ Sinzheimer S. 1723. — ⁵⁸⁾ Anm. Hierbei kommt das Lohnbeschlagnahmengesetz nur auf Sinzheimers Konstruktion unmittelbar zur Anwendung; diese nur ist als Verfügung über die Lohnforderung anzusehen, welche unzulässig ist; dagegen nur mittelbar auf die Konstruktion von Sigel; denn die Lohnverwirkung ist, als Aufrechnung betrachtet, wie Sinzheimer richtig bemerkt, nicht eine Verfügung über den Lohn, sondern eine Verfügung gegen denselben. Es kommt daher § 394 B.G.B. zur Anwendung, wonach Aufrechnung gegen die Forderung nicht stattfindet, soweit die Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, was für die Lohnforderung nach dem Lohnbeschlagnahmengesetz, welche aus einem Arbeitsverhältnis herrührt, das die ganze Arbeitskraft des Arbeitnehmers in Anspruch nimmt und bis zum Betrag von 1500 Mark gilt. (Vergl. hiezu Sinzheimer S. 20, 21, 30 ff. — ⁵⁹⁾ Vergl. A.G. Köln im Gewerbegericht VI S. 123 ff. — ⁶⁰⁾ Zum Unterschied vom Lohnabzug, der oft auch Einbehaltung genannt, in Wirklichkeit aber Aufrechnung ist, so wohl auch im Gewerbegericht VI Sp. 352 (Urteil des Gewerbegerichts Ludwigshafen). — ⁶¹⁾ A. M. Sinzheimer S. 100. — ⁶²⁾ So auch Lotmar S. 445. — ⁶³⁾ Willmer, Gewerbegericht VI Sp. 19. — ⁶⁴⁾ So auch Lotmar S. 450. — ⁶⁵⁾ Dieser Ausdruck ist in dem oben angegebenen Sinne einer positiven materiellen Leistung zu verstehen, enthält also nicht die Lohnverwirkung. — ⁶⁶⁾ Lotmar S. 450. — ⁶⁷⁾ Vergl. Siber S. 83. — ⁶⁸⁾ Endemann S. 604; Strauß S. 48; Lübke S. 18/19, 37; Schollmeyer I S. 289 Nr. 3. — ⁶⁹⁾ Siber S. 31; Sjögren S. 21 ff. — ⁷⁰⁾ Siber S. 99 b ff. — ⁷¹⁾ Vergl. Wendt, Kurt S. 16. — ⁷²⁾ Vergl. die Definition der Vertragsstrafe bei Savigny, Obligationenrecht Bd. II S. 80: Konventionalstrafe heißt ein bedingtes Versprechen, etwas zu geben, wenn dabei die Absicht zugrunde liegt, auf das Gegenteil der ausgedrückten Bedingung hinzuwirken. — ⁷³⁾ Wendt

S. 19. — ⁷⁴⁾ So auch Siber, Rechtszwang S. 37 c; Wendt S. 17. — ⁷⁵⁾ So auch Sjögren S. 57 oben. — ⁷⁶⁾ Im Gegensatz zur Verbindlichkeit, welche die Möglichkeit enthält, sie unmittelbar einzuklagen und zur Vollstreckung zu bringen; Siber S. 37. — ⁷⁷⁾ Vergl. Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung. Jherings Jahrbuch 50 S. 67 ff. — ⁷⁸⁾ So sagt Sjögren S. 15 mit Recht: „Das Versprechen einer Strafe schlechthin hat ja keinen Sinn.“ — ⁷⁹⁾ . . . der Vertragstrafe „ohne Hauptverpflichtung“, wie Siber, Rechtszwang S. 31 § 6, sie nennt. — ⁸⁰⁾ Wendt: Unterlassungen, Arch. f. d. ziv. Praxis 92 S. 114. — ⁸¹⁾ So auch Buchka S. 39 § 6; Siber, Rechtszwang S. 37; Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 300 ff. — ⁸²⁾ A. M. Strauß S. 48 Abs. 2; Deus S. 9. — ⁸³⁾ Siber, Rechtszwang, nennt diese daher zutreffender: Vertragstrafe ohne Hauptverpflichtung. — ⁸⁴⁾ Vergl. Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuche § 343 Abs. 2 S. 51. — ⁸⁵⁾ Arch. f. ziv. Praxis Bd. 73 S. 375 ff. — ⁸⁶⁾ So auch Jecklin-Gruchot, Beiträge Bd. 38 S. 141. — ⁸⁷⁾ Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 17 S. 44. — ⁸⁸⁾ Deus S. 9 u. — ⁸⁹⁾ Vergl. Sinzheimer S. 35. — ⁹⁰⁾ Plank § 344 Bem. 1; Fischer-Henle Anm. 1. — ⁹¹⁾ Staudinger § 344 S. 239 Abs. 3. — ⁹²⁾ Örtmann § 339; Dernburg Bd. II S. 249; Crome II S. 212. — ⁹³⁾ Wie Strauß S. 48 Note 3 ohne Begründung meint. — ⁹⁴⁾ So auch Staudinger a. a. O. — ⁹⁵⁾ A. M. Endemann, Bürgerliches Gesetzbuch I S. 601. Wenn die Motive, deren problematischer Wert als Gesetzesauslegungsmittel nicht zu bezweifeln ist, sagen (Bd. II S. 279): Die Konventionalstrafe kann demnach nicht dazu benützt werden, um indirekt eine Leistung zu erzwingen, zu welcher eine Verbindlichkeit überhaupt nicht oder doch nicht in der Form des geschlossenen Vertrages über die Konventionalstrafe begründet werden kann, so ist das irrig; die zweite Hälfte des Nachsatzes ist überdies tautologisch. — ⁹⁶⁾ So auch Staudinger a. a. O. — ⁹⁷⁾ Vergl. Siber, Rechtszwang S. 33, 2a. — ⁹⁸⁾ Dernburg II, 1 S. 223; Örtmann zu § 344; Planck § 344 Anm. 1 S. 125. — ⁹⁹⁾ Näheres siehe unten § 7: Gegenstand. — ¹⁰⁰⁾ Leipziger Zeitschrift 1909 S. 737 ff. — ¹⁰¹⁾ Leipziger Zeitschrift 1909 S. 403 Nr. 11. — ¹⁰²⁾ Vergl. Schneider in Leipziger Zeitschrift 1909 S. 740 ff. — ¹⁰³⁾ Siehe oben nach Note 68 (Ende des Absatzes). — ¹⁰⁴⁾ So auch Siber S. 67; Ihering, Jahrbuch 51. — ¹⁰⁵⁾ Bd. II S. 275 ff. — ¹⁰⁶⁾ Vergl. Literatur bei Wendt, Arch. für ziv. Praxis 92 S. 41 ff. — ¹⁰⁷⁾ Bd. II S. 5. — ¹⁰⁸⁾ Vergl. Lehmann, Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht 1906 S. 54; Wendt, Arch. für ziv. Praxis Bd. 92 S. 41 ff. Es steht anerkanntermaßen nichts im Wege, den Erben oder Vermächtnisnehmer durch Auflage zu einer Leistung zu verpflichten, die keinen Geldwert hat: „Z. B. die Auflage, welche ein Alpinist letztwillig seinen Erben macht, daß er seine Asche mit Hilfe eines Bergführers auf den Großglockner verbringe und dort in die Lüfte streue“ (Zeitungsmeldung). — ¹⁰⁹⁾ Wie Endemann, Bürgerliches Recht I 477 meint. — ¹¹⁰⁾ In diesem Sinne ist wohl auch die Bemerkung bei Schöntag (S. 9) aufzufassen: „Jedenfalls will nach der Absicht des Gesetzgebers auch eine nicht vermögensrechtliche Leistung den Inhalt eines Schuldverhältnisses bilden können. Tatsächlich wird aber insbesondere mit Rücksicht auf § 253 auch jetzt noch für die Wirksamkeit einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit das Vorhandensein eines vermögensrechtlichen Interesses die Voraussetzung bilden.“ — ¹¹¹⁾ Siber, Rechtszwang S. 36. — ¹¹²⁾ Windscheid, Pandekten § 314 1 bis 4; Dernburg,

Pandekten II § 17 Nr. 6. — ¹¹³⁾ Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht S. 135 und Kohler, Arch. für bürgerliches Recht 12 S. 1/18. — ¹¹⁴⁾ Seeler, Konventionalstrafe S. 51; a. M. Siber, Rechtszwang S. 36; auch Reibei II S. 13. — ¹¹⁵⁾ Staub, Handelsgesetzbuch II S. 1063, § 348 Anm. 2 III. — ¹¹⁶⁾ Schmidt S. 76. — ¹¹⁷⁾ Vergl. Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden vom 26. Juni 1907, Seufferts Arch. 63 S. 73. — ¹¹⁸⁾ II 275. — ¹¹⁹⁾ Schollmeyer I S. 289 Note 3. — ¹²⁰⁾ Vergl. Reichsgericht, Ziv. 19 S. 232. — ¹²¹⁾ Vergl. Marcus, Deutsche Juristen-Zeitung 1907 S. 952 f.: „Aus § 343 ergibt sich das richterliche Ermäßigungsrecht als Prinzip.“ — ¹²²⁾ Vergl. Seufferts Arch. 48 Nr. 174. — ¹²³⁾ Vergl. Literatur bei Landmann, Reichs-Gewerbeordnung II S. 326. — ¹²⁴⁾ Reichsgericht 27. Juni 1905, Gruchot 50 S. 943. — ¹²⁵⁾ Motive II 278; Strauß S. 61; Deus S. 18; vergl. Reichsgericht bei Bolze Bd. 16 S. 328 (altes Recht), Entscheidung vom 30. I./10. II. 1893. „Ob der Verfall der Vertragsstrafe beim einfachen Ausbleiben der fälligen Leistung oder erst im Falle des Verzugs eintritt, ist im einzelnen Fall durch Auslegung der die Strafe feststellenden Willenserklärungen zu bestimmen.“ — ¹²⁶⁾ Seelmann, Arch. für bürgerliches Recht 25 S. 218 spricht hier von „Gehaltensein“. — ¹²⁷⁾ Seufferts Arch. 52 235; Gruchot 28/504. — ¹²⁸⁾ Oberlandesgerichts-Rechtsprechung 12 255. — ¹²⁹⁾ Vergl. Reichsgericht 63/116; Deutsche Juristen-Zeitung 1906 S. 709 (erfolgt die Unterlassung auf seiten Angestellter, dann haftet der Geschäftsinhaber nur für eigenes Unterlassen). — ¹³⁰⁾ Vergl. Reichsgericht 35/30. — ¹³¹⁾ Vergl. Urteil des Landgerichts Leipzig in Leipziger Zeitung 1909 S. 878. — ¹³²⁾ Treitel S. 67. — ¹³³⁾ So auch Strauß 64; Lehmann in Busch Zeitschrift 1909/11. — ¹³⁴⁾ Wendt, Arch. für ziv. Praxis 92 S. 59. — ¹³⁵⁾ Vergl. Dernburg II § 103 I 2. — ¹³⁶⁾ Reichsgericht 37/176: Die Vertragsstrafe wird nicht verwirkt, weil der Gemeinschuldner nicht in der Lage ist, den vertragwidrigen Verkauf durch den Konkursverwalter zu hindern. — ¹³⁷⁾ Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 297. — ¹³⁸⁾ Lehmann S. 298 ff. — ¹³⁹⁾ Schollmeyer zu § 360. — ¹⁴⁰⁾ Örtmann § 360 Nr. 2 und 3; Motive II S. 286. — ¹⁴¹⁾ Vergl. aber Reichsgericht bei Gruchot 51 S. 813 und Reichsgericht 70 Nr. 12 Leipziger Zeitschrift 1909 S. 902. — ¹⁴²⁾ Thinius S. 20; Heuser S. 17. — ¹⁴³⁾ Planck zu § 355 Erl. 2 und Cohn bei Gruchot 47 S. 274. — ¹⁴⁴⁾ Gegen Annahme eines stillschweigenden Verzichts Hellwig, Verträge S. 302; so auch Örtmann Note 4 zu § 360 im Anschluß an Reichsgericht bei Seufferts Arch. 52 Nr. 240. — ¹⁴⁵⁾ Reichsgericht 12. November 1909, Juristische Wochenschrift 1910 S. 13 Nr. 17. „Verzicht kommt innerhalb des Rechtes der Schuldverhältnisse auch wenn man im gegebenen Falle (es handelt sich um vorbehaltlose Annahme einer Vertragsstrafe § 341 Abs. 3) ihn als Erlaßvertrag nach 397 mit unmittelbarer Wirkung auf den Bestand des Schuldverhältnisses kennzeichnen will, nur als Vertrag zustande. Es bedarf also der Annahme der Verzichtserklärung durch den Schuldner. Dies folgt aus § 305 mit 397, welche Vorschriften erkennen lassen, daß auf dem Gebiete des Schuldrechtes einseitige Erklärungen nur ausnahmsweise Geltung haben sollten. Das bloße Zugehen der Verzichtserklärung genügt sonach nicht. — ¹⁴⁶⁾ Vergl. Lotmar S. 455: „Eine solche Erklärung des Arbeitgebers kann sich nur auf die bereits eingetretene Verwirkung beziehen. Wenn wir von einem Arbeitgeber lesen, daß er sich

wegen des Kontraktbruches dadurch schadlos gehalten habe, daß er einen durchschnittlichen Wochenlohn für verwirkt erklärt hatte, so kann das nur entweder den angegebenen Sinn haben, oder bedeutet, daß er die ihm aus dem Kontraktbruch gegen den kontraktbrüchigen Arbeitnehmer nach Gewerbeordnung § 124 b zustehende Forderung geltend gemacht habe.“ — ¹⁴⁷⁾ Vergl. Planck § 360: „Es dürfte § 360 entsprechend anzuwenden sein, wenn der Vorbehalt dahin geht, daß der Schuldner seiner Rechte für die Zukunft verlustig sein soll, indem das Erlöschen nicht von selbst eintritt, sondern dem Gläubiger nur ein Kündigungsrecht zusteht“. — ¹⁴⁸⁾ Dernburg III S. 803, Crome II S. 856 Nr. 90, Staudinger § 1238, 2 c. — ¹⁴⁹⁾ Der Zuschlag gilt in diesem Falle als unter der aufschiebenden Bedingung der Barzahlung erteilt. Nichtbarzahlung bewirkt Ungültigkeit desselben. — ¹⁵⁰⁾ Gerhard, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz § 6 Anm. 6. — ¹⁵¹⁾ Schneider, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Einl. S. 48. — ¹⁵²⁾ Er kann dann seinerseits dem Schuldner gemäß § 326 zur Erfüllung eine Frist setzen, nach deren Ablauf für ihn — auf Grund Gesetzes — ein neues Rücktrittsrecht entsteht. — ¹⁵³⁾ Motive II S. 280. — ¹⁵⁴⁾ So Staub § 219 H.G.B. Anm. 8. — ¹⁵⁵⁾ Staub a. a. O. Anm. 2. — ¹⁵⁶⁾ Oberlandesgericht Karlsruhe in Zeitschrift für Handelsrecht 43 S. 343. — ¹⁵⁷⁾ Vergl. Reichsgericht in Deutscher Juristen-Zeitung 1903 S. 345: Bis zur Bekanntmachung hat es der Aktionär noch in der Hand, durch Zahlung des rückständigen Betrages nebst Kosten des Kaduzierungsverfahrens die Verfallerklärung abzuwenden. — ¹⁵⁸⁾ Staub § 219 H.G.B. Anm. 2. — ¹⁵⁹⁾ Das ist wichtig wegen der Frage des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes, wenn der Schuldner nach Abschluß des Vertrages, aber vor Verfall seinen Wohnsitz wechselt; siehe Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg 14. Oktober 1907 in Zeitschrift für Rechtspflege Bd. 1907 S. 478: „Das auf Zahlung der Vertragstrafe gerichtete Schuldverhältnis ist erst mit dem Zeitpunkt der Zuwiderhandlung entstanden. Es enthält allerdings im Verhältnis zum Hauptvertrag eine Nebenverpflichtung, die aber mit Rücksicht auf ihren selbständigen Charakter dem Erfüllungsort des Hauptvertrages nicht zu folgen hat.“ Damit ist der akzessorische Charakter der Vertragstrafe durchlöchert. — ¹⁶⁰⁾ Schmidt S. 73; Staub § 348 Anm. 14; Planck § 340 Note I Abs. 2. — ¹⁶¹⁾ Oberlandesgericht Bamberg Zeitschrift für Rechtspflege 1906/325. — ¹⁶²⁾ Staub § 348 Anm. 27 — vergl. Entscheidung des Oberlandesgerichts Colmar in Leipziger Zeitung 1909 S. 82 Nr. 1 —; Kohler im Arch. für ziv. Praxis 84 S. 20: „Allerdings kann die Ausbedingung einer Konventionalstrafe so gemeint sein, daß sich der Betreffende durch Zahlung der Buße von der Belastung lösen kann.“ — In Rechtspr. der Oberlandesgerichte 8 S. 44 und 16 S. 372 ist die Klausel: „Wer seinen Verpflichtungen nicht voll genügt oder davon zurücktreten will, hat eine Entschädigung von 5 Mark per Tonne auf die ganze Dauer des Vertrages zu zahlen“ als Reugeld ausgelegt, „weil nicht gewollt sei, daß die 5 Mark neben der Erfüllung verlangt werden“. — ¹⁶³⁾ So auch Strauß Bd. 54. — Motive II S. 277 zu § 421 — zu eng Deus S. 29 (Strafe). — ¹⁶⁴⁾ Crome S. 856 Note 90. — ¹⁶⁵⁾ Dernburg II 2 S. 218 Note 20. — ¹⁶⁶⁾ Schneider, Zur Beschränkung der Vertragsfreiheit im Arch. für ziv. Praxis 85 S. 305. — ¹⁶⁷⁾ So auch Örtmann § 349 Note 2. — ¹⁶⁸⁾ Kohler, Bürgerliches Recht II S. 141 ff. — ¹⁶⁹⁾ Joel S. 128 ff. —

¹⁷⁰⁾ Vergl. Landmann S. 327, 137. — ¹⁷¹⁾ Was wohl mit „rechtswidriger Auflösung des Arbeitsverhältnisses“ (§ 134, II) identisch sein dürfte. — ¹⁷²⁾ Vergl. Sinzheimer § 109, 2. — ¹⁷³⁾ Über die sozialpolitische Bedeutung des Ermäßigungsrechtes siehe Koffka und Simon a. a. O. — ¹⁷⁴⁾ So auch Staub § 348 H.G.B. Anm. 26 etc. — ¹⁷⁵⁾ Crome II § 178 Anm. 29; Staub-Hachenburg G. m. b. H. § 20 Anm. 29. — ¹⁷⁶⁾ Sigel S. 147; Koehne S. 144 oben; vergl. Reger 17, 392 und 25, 225. — ¹⁷⁷⁾ Der Ansicht, daß die in der Gewerbeordnung genannten Strafen keine weitere Ermäßigung (nach § 343 B.G.B.) zulassen, hat sich auch das Reichsgericht angeschlossen im Urteil vom 25. März 1896 bei Reger Bd. 17 S. 392 (vergl. Bd. 25 S. 225). Landmann, der dieses vor 1900 erlassene Urteil zitiert (II S. 230), verweist dabei auf § 343 B.G.B. Er irrt sich aber. Die gedachten Strafen sind nur formell, nicht aber materiell Vertragstrafen, weil die zweite begriffswesentliche Funktion, die Schadenersatzfunktion wegen § 134 b Abs. 2 Satz 4 Gew.O., fehlt. — ¹⁷⁸⁾ Vergl. Joel S. 180 Abs. 2 und S. 175 Nr. 4 a; Koehne S. 141 Note 3 und S. 143. — ¹⁷⁹⁾ So Wendt S. 28; Schöntag S. 23 Abs. 2; Planck § 343 Anm. 1. — ¹⁸⁰⁾ So Dernburg a. a. O.; Örtmann S. 194 Anm. 3 a. — ¹⁸¹⁾ Bei Fabrikstrafen hat sich die Frage erhoben, ob die Gewerbegerichte für die (nicht zur Sicherung dienenden) Ordnungsstrafen zuständig sind. Sinzheimer verneinend, weil diese nicht Vertragstrafe wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis. § 4 Nr. 4 Gew.Ger.G. a. a. O. S. 67 Note 62; a. M. Landmann S. 283 richtig. — ¹⁸²⁾ Vergl. Siber S. 151 (Rechtswang) ff. — ¹⁸³⁾ Hölder, Recht 1900 S. 162; Zeitschrift für ziv. Praxis 29/76. — ¹⁸⁴⁾ Diese Bestimmung wird oft zu einer Umgehung des Ermäßigungsrechtes auszunützen versucht, indem die Teilnehmer von Kartellen, die sich zu einem bestimmten Verhalten, meist Einhalten bestimmter Verkaufspreise und Kontingente, verpflichteten, zur Sicherung der Vertragstrafe beim Gläubiger der Leitung der Vereinigung Deckungswechsel zu hinterlegen haben. Die Wechselhingabe ist jedoch keine Leistung an Erfüllungs-Statt, sondern nur erfüllungshalber; sie tilgt nicht das Schuldverhältnis. § 364 II B.G.B. — ¹⁸⁵⁾ Lotmar II S. 462. — ¹⁸⁶⁾ Vergl. Wendt S. 20 bis 30. — ¹⁸⁷⁾ Fischer-Henle § 343 Anm. 3; Wendt S. 24; Siber S. 152. — ¹⁸⁸⁾ Vergl. aber Reichsgericht 64 S. 292: Die Ansicht, die Angemessenheit der Strafe richte sich nach den Verhältnissen zur Zeit des Vertragsschlusses, findet im Wortlaut des § 343 keine Stütze. — ¹⁸⁹⁾ Vergl. Reichsgericht 64 S. 292. — ¹⁹⁰⁾ Schöntag S. 27 § 4 läßt die Ermäßigung bei selbständigem Strafversprechen nur zu, wenn die Strafe in einer Geldsumme besteht, bei akzessorischen Vertragstrafen dagegen immer. S. 25. — ¹⁹¹⁾ Planck § 343 Note 6; Schollmeyer S. 250 2 a; Wendt S. 27. — ¹⁹²⁾ Staudinger § 342 Anm. 2 b, § 343 Anm. 7. — ¹⁹³⁾ So auch Fischer-Henle § 345; Schollmeyer S. 254. — ¹⁹⁴⁾ A. M. Strauß S. 66; Endemann, Bürgerliches Recht I S. 325. — ¹⁹⁵⁾ Blumenstein S. 40. — ¹⁹⁶⁾ Vergl. Entscheidung des Oberlandesgerichtes Jena in Seufferts Arch. N. F. Bd. III S. 274.

